SCA

Uberto Scarpelli

BIBLIOTECA U.C.M.

5307066880

COS'È IL POSITIVISMO GIURIDICO

SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO
FONDO AYUDA A LA INVESTIGACION

FACULTAD DE DERECHO
ADMINISTRACION

Edizioni di Comunità

© Edizioni di Comunità - Milano, 1965

Indice

Premessa 7

I. Il problema della definizione del positivismo giuridico. La definizione cui si tende: definizione di un concetto, esplicativa, in direzione critica 9

II. Il positivismo giuridico a pezzi: tre analisi 21

III. Alla ricerca di una definizione unitaria: il positivismo giuridico e la definizione del concetto di diritto 29

IV. Alla ricerca di una definizione unitaria: per una considerazione teleologica del positivismo giuridico 35

V. L'interpretazione del positivismo giuridico come movimento per la scienza del diritto: critica e rifiuto 39

VI. L'interpretazione politica del positivismo giuridico 49

VII. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): validità, legittimità, effettività del diritto e scelta politica 53

VIII. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): altri profili di rilevanza politica della pratica e della scienza del diritto 91

IX. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): positivismo giuridico e stato moderno 95

X. Vicende storiche e definizione del positivismo giuridico 101

XI. Definizione del positivismo giuridico 105

XII. Il positivismo giuridico come tecnica politica. Diritto e morale 127

XIII. Conclusione 135

Indice dei nomi 155

Premessa

Il primo impulso a questo lavoro mi è venuto dalla partecipazione a un seminario sul positivismo giuridico, ospitato nel settembre 1960 dalla Fondazione Rockefeller nella Villa Serbelloni di Bellagio, insieme a studiosi quali Norberto Bobbio, Alessandro d'Entrèves, Herbert Hart, Alf Ross, Renato Treves e, più giovani, Agnelli, Barry, Bognetti, Cattaneo, di Robilant, Falk, Gavazzi, Golding, McWhinney, Negri, Piovesan, Shuman: seminario che, per l'interesse e l'impegno delle discussioni, per lo spirito di lealtà e di amicizia con cui le discussioni erano condotte, è stato per me, e credo per ogni altro partecipante, una fortunatissima e felice esperienza intellettuale e umana, un approdo nella serena e luminosa accademia utopia di ogni filosofo. Parecchi scritti di vari degli studiosi ora nominati, a continuazione ideale delle discussioni di Bellagio, mi hanno confermato nel proposito di dare a mia volta al nostro discorso un seguito scritto. Se da tale occasione è nato il lavoro, esso ha però ambizioni più grandi di un intervento in un dialogo fra amici: la sua aspirazione è inserirsi, portando un chiarimento concettuale (se mi è riuscito) di qualche importanza, nei dibattiti e nelle polemiche sulla natura e sulla funzione del diritto e sul metodo giuridico che caratterizzano la cultura giuridica di oggi e ne rivelano una crisi, aspetto e momento della crisi profonda della società contemporanea. Al centro della battaglia è il positivismo giuridico, sopravvissuto al fascismo e al nazismo, ancora corrispondente alla mentalità ed alle tecniche professionali del giurista, ma attaccato da tutte le parti, dal giusnaturalismo cattolico e non cattolico e dal marxismo e da un empirismo o realismo di tipo anglosassone etc., premuto e corroso da esigenze imperiose e impazienti di trasformazione sociale, difeso apertamente da una schiera esigua di filosofi del diritto liberali e laici con pochi altri aiuti: questo positivismo giuridico, io mi chiedo, cos'è? sappiamo intorno a che combattiamo, che vogliamo conservare o che perderemo se lo rifiu-

teremo? L'occasione e soprattutto l'ambizione del libro ne dovrebbero spiegare il carattere, che è anche un limite: il suo procedere analitico, i toni e le intenzioni di attualità, il suo riferirsi immediato alle voci di oggi piuttosto che ai classici della letteratura giuridica.

Dedico questo libro a mio padre e agli altri buoni giudici con cui ho condiviso l'esperienza morale di applicare con fedeltà, al servizio di valori di giustizia, di libertà e di ordine, il diritto positivo.

U. S.

I. Il problema della definizione del positivismo giuridico. La definizione cui si tende: definizione di un concetto, esplicativa, in direzione critica

Cos'è il positivismo giuridico? o piuttosto, per porre la questione secondo i canoni della miglior filosofia del linguaggio, che cosa intendiamo precisamente con l'espressione « positivismo giuridico »? Occorre domandarselo, poiché si è ripetuta riguardo al positivismo giuridico una vicenda non rara nel mondo degli studi: è successo che parecchi scrittori, soprattutto in tempi recenti, occupandosene a fondo hanno cercato di determinarne il concetto, e così del concetto, che sembrava non oscuro e sufficientemente fermo nell'uso, non si sa più quali siano l'essenza, la portata, i limiti. Ed ecco frequenti confessioni dell'estrema difficoltà di stabilire una definizione del positivismo giuridico, o addirittura l'affermazione che quello di positivismo giuridico è un concetto ormai incapace di servire da guida e punto d'orientamento a ricerche giuridiche, filosofiche o storiche; ed ecco autori che, giustamente preoccupati di trovare alle parole referenti chiari e netti, e disperando infine di poter individuare un chiaro e netto referente per l'espressione « positivismo giuridico » in qualcosa di unitario, spezzano il positivismo giuridico in tre, quattro, cinque parti indipendenti, e storicamente, si osserva, talora unite, talora separate, le quali a un certo punto non si comprende più perché debbano andare insieme sotto la stessa etichetta di « positivismo giuridico ». Ora, ogni qual volta abbiamo a che fare con strumenti semantici relativi ad entità culturali complesse ed articolate, com'è nel nostro caso, è contributo indubbiamente fecondo e meritorio rilevare la varietà delle cose che vi stanno sotto e acutamente distinguere fra cosa e cosa; ma può esser non altrettanto fecondo e meritorio sortire ad una denuncia del concetto unitario e non provarsi a rifare la sintesi dopo l'analisi; mentre, se l'uso del concetto prima di queste analisi era, e magari dopo di esse a lor dispetto resta, un uso unitario, è ben probabile che qualcosa di unitario pur ci sia. Se del positivismo giuridico si è parlato e si parla tanto dai giuristi, dai filosofi e dagli storici

del diritto, come rassegnarsi a credere che non ci sia una qualche cosa, per quanto composita, da chiamare unitariamente positivismo giuridico? Il positivismo giuridico ha avversari feroci e difensori strenui, e nelle battaglie per esso e contro di esso l'inchiostro si versa abbondante: dovremo concludere che ci si batte ingannati da un simulacro di concetto? O l'intuizione unitaria di quanti discorrono di positivismo giuridico e stanno in campo in pro o contro di esso coglie nel segno meglio del distinguere e dividere dei settatori del concetto? Io son d'opinione che in effetti le sparse membra possano essere ricollegate in organismo; che la difficoltà della definizione del positivismo giuridico, benché certo da non sottovalutare, possa essere superata arrivandosi ad una definizione unitaria; che la definizione unitaria possa darci un concetto capacissimo di orientare ricerche; e dedicherò appunto questo lavoro a stabilire una definizione che ricostituisca il positivismo giuridico in unità, che ci dia (se non fallirò nel progetto) un concetto di positivismo giuridico unitario ed utile per porre ed affrontare problemi di grande importanza per la cultura giuridica: problemi come quelli che saranno aperti (aperti e non chiusi) nelle pagine conclusive del libro.

Ma prima di tentare una definizione, e qui la definizione del positivismo giuridico, giova chiarire l'oggetto, la natura e lo scopo della definizione cui si vuol pervenire. I modi e i criteri di scelta di una definizione, e i criteri di giudizio su una definizione che altri proponga, cambiano infatti con il cambiare dell'oggetto, della natura e dello scopo della definizione medesima. Ho impiegato nell'esordio, in maniera che sarà stata trovata incerta e oscillante, le espressioni « espressione », o equivalenti, e « concetto »; mi son chiesto quale significato abbiano e come siano da definire l'espressione « positivismo giuridico », o il concetto di positivismo giuridico, o il positivismo giuridico semplicemente. Bisogna esplicare il significato in cui sono adoperate queste espressioni di « espressione » e « concetto »: ma in due parole, e senza entrare in una giustificazione delle esplicazioni, per non dover aprire, quando appena appena s'è avviato un discorso sul positivismo giuridico, una parentesi troppo ampia di filosofia del linguaggio. L'espressione, espressione linguistica, è la

figura, il suono etc., l'evento sensibile portatore del significato, cioè posto da una consuetudine o da una convenzione in quella trama di relazioni con altre espressioni linguistiche e con enti non linguistici, che ne costituiscono appunto il significato; il concetto può essere inteso come il significato portato da una certa espressione linguistica, ma eventualmente o attualmente anche da altre espressioni diverse nell'aspetto sensibile, ossia come il significato comune di una classe di espressioni sinonime. Una definizione, secondo l'opinione prevalente nella filosofia del linguaggio contemporanea, che critica e rifiuta l'idea della definizione reale, è sempre definizione di un ente linguistico, di un'espressione o di un concetto: definizione di un'espressione quando sia volta a determinare il significato di una certa espressione; definizione di un concetto quando sia volta a determinare il significato comune di una classe di espressioni sinonime, o se si vuole il significato di un'espressione, ma considerata quale membro di una classe di espressioni sinonime e sostituibile da ciascun'altra espressione della classe restando fermo il significato. Su queste premesse, è chiaro che dire di una definizione del positivismo giuridico è formula abbreviata e di comodo: termini corretti sono quelli di definizione dell'espressione « positivismo giuridico » ovvero di definizione del concetto di posivismo giuridico. Quello che a me in questa sede interessa, e interessa definire, è il concetto di positivismo giuridico: non dunque il significato della specifica espressione « positivismo giuridico », bensì il significato comune a tale espressione e ad ogni espressione sinonima, nella nostra o in altra lingua. Poiché peraltro un concetto non si può impiegare, né ad un concetto si può riferirsi senza impiegare un'espressione della classe delle espressioni con il significato comune, io mi sono servito e continuerò a servirmi dell'espressione « positivismo giuridico »; ed ho anche parlato e parlerò ancora di significato e di definizione dell'espressione « positivismo giuridico »; ma ogni menzione dell'espressione « positivismo giuridico » dovrebbe essere intesa come menzione di tale espressione quale membro della classe delle espressioni sinonime. Spero poi che non ci si dorrà troppo se qualche volta mi son lasciato e ancora mi lascerò andare alla formula

abbreviata e di comodo della definizione del positivismo giuridico: ché l'oggetto della definizione è ormai comunque chiaro. E se, con riguardo a quanto ora ho detto sulla definizione del concetto di positivismo giuridico, qualcuno rilevasse che il titolo stesso del libro, « cos'è il positivismo giuridico », facendo pensare alla ricerca di una definizione reale, vi sta in contrasto, chiarirò che il contrasto l'ho voluto: per richiamare con quel titolo il comune modo di accostarsi ai problemi di definizione e far meglio risaltare attraverso l'immediata contrapposizione l'approccio analitico, dal quale tutto il seguito del mio discorso sarà profondamente condizionato.

Le definizioni, definizioni di espressioni e definizioni di concetti, possono essere registrazioni di usi linguistici, esplicitazioni di significati quali s'incontrano negli usi linguistici effettivi di singole persone o di gruppi: a tali definizioni si dà il nome di definizioni lessicali. È ben difficile, quando le espressioni linguistiche abbiano una storia appena un poco complessa, che le definizioni lessicali riescano a cogliere tutta la varietà e gli svolgimenti dei loro usi: le definizioni lessicali tenderanno tuttavia per loro natura a quella meta ideale. Il fondamentale criterio a guida della posizione di una definizione lessicale e del giudizio su di essa è la corrispondenza all'uso. Una definizione lessicale dell'espressione « positivismo giuridico » e delle espressioni che portano lo stesso significato nelle lingue straniere, una determinazione del concetto di positivismo giuridico come lo si trova nell'uso, seguendone la formazione e le trasformazioni, presenterebbero senza dubbio un grande interesse: si tratta di un capitolo principale della storia del linguaggio e del pensiero giuridico moderno; ma una simile indagine non rientra nel proposito e, soprattutto, nella competenza di chi scrive. Una definizione può avere in secondo luogo la natura d'una convenzione intorno agli usi futuri del linguaggio: si stabilisce che d'ora in avanti, in un certo testo, in un certo corpo linguistico, una certa espressione, e così le espressioni sinonime, se ne sono ammesse, sarà impiegata in un certo significato. Questa definizione porta il nome di definizione stipulativa. La scelta di e il giudizio su una definizione stipulativa saranno guidati da un criterio di utilità del significato con essa determinato, di

rispondenza di tale significato alle funzioni e alle esigenze del corpo linguistico in cui viene introdotto. Le definizioni stipulative sono uno strumento essenziale nella costruzione dei sistemi linguistici formalizzati, quei sistemi linguistici in cui l'impiego delle espressioni che ne fan parte, le loro combinazioni e le trasformazioni delle combinazioni, sono regolati in modo completo da un complesso di convenzioni esplicite: sistemi che si valutano con riguardo al rigore della costruzione, alla coerenza interna e all'efficacia operativa, mentre sono di secondaria importanza le loro relazioni con usi preesistenti. Può essere ancora utile, la definizione stipulativa, nei linguaggi scientifici e tecnici liberamente comunicanti con il linguaggio comune, costituiti con l'inserimento di un apparato concettuale tecnico nel tessuto del linguaggio comune (com'è per esempio il linguaggio giuridico), per immettervi appunto, a soddisfazione di particolari bisogni, un nuovo termine, un nuovo concetto. Non è mancato chi, alle prese con il concetto di positivismo giuridico e disturbato dalle difficoltà, se n'è cavato buttando giù una definizione stipulativa [1]. Ma questo è tagliare il nodo di Gordio: cosa che, se può convenire a un generale, non conviene certo all'intelligenza e alla pazienza di uno studioso. A che serve, infatti, una definizione stipulativa del positivismo giuridico? Qual contributo agli studi sul positivismo giuridico potrà portare, o qual parte nelle battaglie intorno al positivismo giuridico potrà avere colui che si metta a parlar di, a lavorare su, a battersi pro o contro un positivismo giuridico inteso a modo suo, senza preoccuparsi del rapporto fra il suo positivismo giuridico e il positivismo giuridico degli altri? Quando si tratta di quei concetti che stanno nei punti nodali di una cultura, intorno ai quali si condensano gli atteggiamenti e gli orientamenti fondamentali costitutivi di quella cultura, ossia dei concetti cui principalmente si dedica la filosofia, bisogna, pur determinando e precisando con una definizione, tenersi nel vivo di ciò che con quei concetti viene inteso, entrare nel cuore del loro significato

[1] Mi riferisco a S. I. SHUMAN, *Legal Positivism*, Detroit 1963: v. in proposito la recensione di G. HUGHES, in « Natural Law Forum », 1964, pp. 164-71, e la nota di M. A. CATTANEO, *Un lavoro americano sul positivismo giuridico*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1965, pp. 151-9.

in quella storica cultura: solo così potrà sortirsi, ove l'esito risponda al proposito, a recare a quella cultura un apporto di maggior chiarezza e di migliore orientamento. Una definizione c'è, che tende a cogliere il vivo e il cuore dei significati in uso: di natura per così dire intermedia tra la definizione lessicale e la definizione stipulativa: la cosiddetta definizione esplicativa. La definizione esplicativa cerca, come la definizione lessicale, di corrispondere all'uso; ma, a differenza dalla definizione lessicale, non si sforza di correr dietro a tutte le varietà e le trasformazioni dell'uso; bensì vuole afferrare nei significati usuali e ritagliarne ed eventualmente riaggiustarne e rielaborarne il nucleo di maggiore importanza e valore operativo, per arrivare a uno strumento semantico preciso ed efficiente, capace di dare nella situazione culturale in cui sarà impiegato chiarezza e orientamento. La definizione lessicale è tutta volta al passato; la definizione stipulativa è tutta volta al futuro; la definizione esplicativa muove dagli usi linguistici passati per volgersi agli usi linguistici futuri e, mantenendo gli strumenti semantici del passato, migliorarli nella forma e nella funzione. L'espressione, il concetto determinati con una definizione esplicativa, per la riforma che se n'è fatta, non ci dànno una semplice ripetizione di un discorso del passato; ma essendo, benché riformati, quelli ricevuti dal passato, non ci tagliano fuori da quanto nel passato si è detto in un certo campo, su un certo argomento; essi sono piuttosto mezzi per reinterpretare, riformulare, incrementare, trasformare, svolgere, in modo più coerente, in sistemi più ampi, in prospettive più aperte, con nuove intenzioni, in nuovi rapporti con altre idee, le idee che il passato ci ha trasmesso. Nella scelta di e nel giudizio su una definizione esplicativa dovranno bilanciarsi i due criteri principali della rispondenza all'uso passato e della rispondenza del significato che viene determinato alla funzione cui lo si destina: dove l'esigenza operativa guida la particolare maniera di mettersi in rapporto con l'uso passato. La definizione esplicativa, il procedimento esplicativo che porta ad una definizione di tal fatta, sono nella filosofia e nelle scienze di impiego frequentissimo, benché molte volte, il più delle volte, non accompagnati da una piena consapevolezza metodologica; una storia di esplicazioni è appunto in gran parte, sot-

to l'aspetto logico, la storia della filosofia; sì che l'analisi e la teorizzazione della definizione esplicativa, effettuate nella filosofia del linguaggio contemporanea, e specialmente in quella d'indirizzo logico-positivistico, sono uno dei contributi maggiori di tale filosofia alla comprensione dei processi e dei progressi del linguaggio e del pensiero umano [2]. Il concetto di positivismo giuridico è uno di quei concetti di cui dicevamo sopra, che stanno nei punti nodali di una cultura; entrato nella cultura giuridica con una parte primaria e costitutiva nel secolo scorso, il positivismo giuridico è oggi in essa veramente uno di quei nodi ove si manifestano gli atteggiamenti e gli orientamenti fondamentali, le scelte e i contrasti che la investono tutta, le connessioni profonde tra i suoi modi e i suoi valori e le visioni totali, filosofiche o religiose, della vita e del mondo; la definizione che io proporrò del concetto vuol essere una definizione esplicativa, con la quale, muovendo dai significati usuali per determinarne e rielaborarne il nucleo centrale, procurare uno strumento semantico preciso ed efficiente ai fini di un attivo ripensamento di problemi centrali e gravi che la cultura giuridica ci pone con urgenza, ai fini di maggior chiarezza e migliore orientamento. Non sarebbe in conclusione obbiezione pertinente contro la mia definizione quella che il concetto di positivismo giuridico da me definito non copra tutti i sensi in cui il positivismo giuridico è stato o può essere inteso: sarà invece pertinentissimo obbiettarmi, se qualcuno troverà ragione di farlo, che il mio concetto di positivismo giuridico rompe con l'uso in maniera

[2] Sulla definizione esplicativa v. C. G. HEMPEL, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica* (trad. it. di A. Pasquinelli), Milano 1961, cap. I, 3; A. PASQUINELLI, *Nuovi principi di epistemologia*, Milano 1964, cap. III, 2, con indicazioni bibliografiche; e v. anche U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in « Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino », 1959, pp. 1-153, cap. I, 4. Sulla filosofia come esplicazione di concetti confusi v. CH. PERELMAN, *La giustizia* (trad. it. di L. Ribet), Torino 1959, I. L'accostamento ad un concetto, che ha già nell'uso un significato sia pur vago e incerto, per stabilirne una definizione esplicativa comporta un vantaggio: che è possibile, prima ancora di avere compiuto il lavoro di definizione, cominciare a introdurre il concetto nel discorso, giocando sulla conoscenza intersoggettiva del significato usuale: a patto di farlo con cautela e limitandosi così a circoscrivere un'area di significanza, dove poi si inseriranno le precisazioni della definizione esplicativa. Questo procedimento consente di arrivare al risultato della definizione assai più rapidamente che se si dovesse imprendere la determinazione del significato partendo da zero, ed anch'io me ne avvarrò.

strana e inaccettabile oppure, e questo è il punto più critico, non serve a guadagnare la maggior chiarezza e il migliore orientamento cui aspiriamo.

Una migliore specificazione dello scopo per cui si può definire, con una definizione esplicativa, il concetto di positivismo giuridico vien suggerita da certe osservazioni di Nicola Matteucci in un suo saggio su, o meglio in un suo libello contro il positivismo giuridico: dove, esprimendo un accorato stupore nel constatare come persone politicamente impegnate in senso liberale, laico e progressista, quali sono spesso i seguaci e difensori del positivismo giuridico, si lascino affascinare da una tradizione tanto vecchia, a questa tradizione tanto vecchia l'autore contrappone (vi aspetterete chissà che novità) nientedimeno che... un giusnaturalismo medievale. Si vede che gli indirizzi filosofici e giuridici sono per Matteucci come gli stili negli arredi: il vecchio è insopportabile, mentre è di classe l'antico [3]. Matteucci, dunque, discutendo le posizioni di Norberto Bobbio e la sua analisi del positivismo giuridico, osserva, a mio avviso giustamente, che le distinzioni di Bobbio rispondono a un'esigenza logico-sistematica piuttosto che a un'esigenza storica, riguardano i possibili modi di porsi davanti all'esperienza giuridica e tendono a un giudizio su quei modi, a una presa di posizione, più di quel che servano a comprendere il positivismo giuridico nel suo sviluppo storico. Viene così adombrata un'interessante distinzione circa lo studio del positivismo giuridico e prima di tutto la sua definizione, tra una direzione, secondo l'espressione di Matteucci, logico-sistematica, e una direzione storica. Peccato che poi Matteucci sciupi lo spunto dichiarando che, siccome allo storico interessa soltanto fare lo storico, l'unica definizione valida, l'unico studio valido del positivismo giuridico son quelli storici, ed insieme negando di fatto la sua negazione della validità di una definizione e di uno studio del positivismo giuridico nella direzione logico-sistematica col mettersi a discutere a lungo proprio su que-

[3] N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1963, pp. 985-1100, v. alle pp. 999 e 1089.

sto piano [4]. In realtà la distinzione suggerita da Matteucci ha un notevole valore chiarificatore e merita di esser messa a profitto. Con il positivismo giuridico siamo nel campo delle concezioni del diritto e della scienza e della pratica del diritto; degli orientamenti filosofici e metodologici a certi piuttosto che a certi altri modi di operare rispetto al diritto nella scienza e nella pratica del diritto; dei modelli metodologici per il lavoro dei giuristi e della giustificazione dei modelli stessi. La concezione, l'orientamento, il modello che chiamiamo positivismo giuridico (o, se non crediamo alla possibilità di un concetto unitario di positivismo giuridico, quei pezzi di concezione, di orientamento, di modello, cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico) si son formati e sono maturati in una lunga e complessa storia del diritto, della scienza e della pratica del diritto: legittima non solo, ma estremamente interessante e importante e illuminante la ricerca storica sulla loro formazione e maturazione; che ha dato recentemente nel nostro paese degli ottimi frutti. Quella concezione però, quell'orientamento, quel modello che chiamiamo positivismo giuridico (o quei pezzi di concezione, orientamento, modello) non sono oggetti da museo, da contemplare e passar oltre: sono qui, nella cultura giuridica di oggi, che vogliono imporsi alle nostre menti e guidare il nostro lavoro: la loro storia non è ancora finita e dipende da noi, dalle nostre prese di posizione, che giunga alla fine o abbia invece un seguito, e quale. E infatti molto di quel molto che oggi si scrive intorno al positivismo giuridico è proprio diretto a riproporre o a rifiutare la concezione, l'orientamento, il modello, a ritoccarli, a riformarli, a distinguer le varie parti per accettarne l'una e respingerne l'altra; è presa di posizione, impegno costruttivo o ricostruttivo o distruttivo sulla cosa o sulle cose che la tradizione ci ha consegnato sotto il nome di positivismo giuridico. Come si potrebbe contestare a uno studioso il diritto di entrare in tali discussioni e prendere il suo partito, o meglio, entrandovi da studioso, prima di tutto chiarire, precisare, definire, contribuire alla consapevolezza dei problemi e delle ragioni per le possi-

[4] N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., v. alle pp. 1061 ss., 1070 ss.

bili soluzioni e delle loro implicazioni, e quindi prender partito; di fare insomma un lavoro filosofico attivo? È ben vero che il pregiudizio di cui mostra di non essersi ancora liberato Matteucci, il pregiudizio che il solo lavoro culturale serio sia quello dello storico, questo strano e sconcertante pregiudizio è stato, per influenza dell'idealismo sotto questo aspetto nefasta, di larga parte della cultura italiana: ma oggi che ce ne andiamo liberando, benché ne siano tutt'altro che esauriti gli effetti nella forma mentale, nella preparazione e nelle attitudini dei dotti, vi vediamo uno dei limiti più gravi onde la nostra cultura soffre e una causa principale d'una sua fiacchezza, per cui altrove si creano i movimenti culturali più originali e vigorosi del nostro tempo e qui se ne coltivano i margini e se ne fa la storia. Lo studioso che si mette ad occuparsi del positivismo giuridico per chiarire e prendere partito si muove dunque in una direzione diversa da quella dello storico, direzione che, in considerazione del suo fine, a me sembra appropriato chiamare, piuttosto che logico-sistematica, direzione critica; il suo approccio alle questioni del positivismo giuridico, il suo lavoro, la sua definizione stessa del positivismo giuridico prenderanno in conseguenza caratteri diversi dai caratteri dell'approccio, del lavoro, della definizione dello storico. Va da sé che non si potrà e non si dovrà uscire in due definizioni del positivismo giuridico, la definizione storica e la definizione critica, differenti e senza parentela: il positivismo giuridico che riesaminiamo con intenzione critica viene per linea continua dal positivismo giuridico che si è formato ed è maturato nella storia di cui si occupa lo storico; ma ci sarà quasi inevitabilmente nell'esplicazione del concetto una diversità di sfumature. Lo storico tenderà ad esplicare il concetto di positivismo giuridico (esplicazione anche questa: altra cosa far quella storia del concetto cui abbiamo accennato dicendo della definizione lessicale, seguirlo nella formazione e nelle trasformazioni, altra cosa determinare il concetto in un certo modo, sì da procurare uno strumento storiografico per la più ampia storia del diritto, della scienza e della pratica del diritto, avendosi in tal caso una definizione esplicativa in funzione storiografica), lo storico tenderà ad esplicare il concetto lasciandolo piuttosto

largo, tollerando ed anzi volendo una certa elasticità e una certa indefinitezza, in maniera da coprir con esso vicende storiche che sono assai articolate e complesse, da non pregiudicare la ricerca con tagli troppo netti, da mantenersi aperto ad osservare e comprendere la molteplicità e la ricchezza della storia, il suo trasmutare graduale e svariato; il critico al contrario sarà portato a precisare, a segnare confini netti, a definire con rigore, perché si propone di concludere con l'accettazione o il rifiuto di concezioni, orientamenti, modelli, ed ha bisogno di sapere esattamente che discutere, che accettare, che respingere. Questa diversità di sfumature si vede in effetti molto bene fra coloro che portano nello studio del positivismo giuridico un prevalente interesse critico e coloro che vi portano un prevalente interesse storico: la mostrano all'evidenza, per riprendere a mo' d'esempio gli autori già menzionati, Bobbio e Matteucci: mentre Bobbio, nel quale predomina come si è notato l'interesse critico, trattando del positivismo giuridico è preciso, netto, rigoroso, Matteucci, nel saggio ricordato, ove non si stanca di ripeterci d'avere preparazione e interessi di storico, contro Bobbio è tutto preoccupato di aprire, di allargare, di ridare ai concetti l'elasticità perduta. Diversità, dicevo, quasi inevitabili procedendo in direzioni diverse; e, le due direzioni essendo entrambe legittime, non giova che tenendo una direzione ci si scandalizzi per i diversi caratteri assunti dal lavoro compiuto nell'altra direzione; giova invece temperare le diversità con un paragone continuo dei risultati raggiunti nell'una e nell'altra direzione; e giova che ciascuno chiarisca in quale direzione si muove, cosa intende fare, per essere giudicato in relazione ai propositi ed alle esigenze del suo lavoro. La mia direzione è quella critica: la direzione che comporta una precisione, una nettezza, un rigore, dei quali chiedo pertanto agli storici di non volermi fare troppo acerbo rimprovero [5].

[5] Merita di essere ricordata, a proposito di quanto ho avuto a dire sulle due direzioni nello studio del positivismo giuridico, la posizione assunta da Giacomo Gavazzi in uno scritto breve, ma notevole per acutezza e penetrazione, *Le buone ragioni del positivismo giuridico*, in « Il foro italiano », 1961, p. IV, col. 305-12; posizione esemplarmente antitetica a quella di Matteucci. La storia del pensiero giuridico, afferma Gavazzi, potrà inse-

gnare molte cose, non insegna cos'è il positivismo giuridico. Storicamente esistono delle dottrine: di Thibaut, di Austin, di Vangerow, del primo e del secondo Jhering, di Kelsen, di Carnelutti e così via. Il problema del positivismo giuridico è essenzialmente un problema teoretico: si tratta di una problematica scientifica, non di una problematica storica. Solo in un secondo momento, ammesso che sia possibile, verrà la storia del positivismo giuridico: il concetto di positivismo giuridico, costruito in sede teorica, vi funzionerà come un « preconcetto » (sia pure un preconcetto piuttosto elastico, capace di modificarsi nella riprova storica) per sezionare le dottrine, scartarne alcune parti e metterne insieme altre, distinguere il rilevante dall'irrilevante, le parti positivistiche dalle parti non positivistiche, quel che è vivo da quel che è morto. Una tale storia del positivismo giuridico potrà essere utile per confrontare il nostro punto di vista, la nostra concezione del diritto con i punti di vista e con le concezioni di chi ci ha preceduto.

Io sento una simpatia vivissima per chi, nella cultura italiana di cui abbiamo considerato gli atteggiamenti verso il lavoro teorico e verso il lavoro storico, rivendica con tanta decisione la serietà e l'importanza del lavoro teorico; mi sembra però che, portato dallo slancio, arrivando a far della storia una sorta di appendice della teoria dove, armati dello strumento selettivo di un concetto teorico, si vanno a cercare confronti per le nostre tesi teoriche, Gavazzi abbia finito per esagerare. L'argomento che non c'è nella storia del pensiero giuridico il positivismo giuridico, ma ci sono le dottrine di Thibaut, Austin e compagni, prova troppo: ad accettarlo e generalizzarlo non si potrebbe più far la storia di nessun movimento culturale, politico etc., anzi di nessun ente culturale astratto (e Gavazzi a rigore dovrebbe anche rinunciare a parlare di una storia del pensiero giuridico). Ma ecco il nostro autore subito dopo temperare la sua posizione: una storia del positivismo giuridico è possibile, impiegando come strumento selettivo il concetto teorico di positivismo giuridico ed a fini teorici. La questione, ora, è un'altra: è diventata una questione di metodologia della storiografia, che investe la costruzione dei concetti adoperati dallo storico per determinare il proprio oggetto di discorso e di comprensione e i fini delle sue indagini. La storia, per Gavazzi, è veramente e soltanto una « storia contemporanea » al servizio e in funzione della teoria. Quanto ho detto nel testo sulle due direzioni nello studio del positivismo giuridico è ispirato a una visione più moderata e articolata dei rapporti fra storia e teoria: penso che facendo un lavoro storico e facendo un lavoro teorico o (come io mi son espresso preferendo qui le suggestioni e implicazioni di tale parola) critico, si debba trarre vitale nutrimento dall'altro lavoro: il critico per sapere come sono nati nella cultura in cui opera i problemi che affronta in direzione critica e per poterne valutare adeguatamente la portata culturale, lo storico per rendersi conto a pieno del significato e del valore attuali delle sue ricerche e dei risultati che consegue; ma penso anche che lo storico sia mosso da interessi di conoscenza e di comprensione non riducibili a quelli critici, onde la diversità fra la costruzione e l'impiego di un concetto nell'una e nell'altra direzione.

II. Il positivismo giuridico a pezzi: tre analisi

Il nostro problema è dunque quello di stabilire una definizione del concetto di positivismo giuridico come definizione esplicativa in direzione critica. Quale definizione? In quegli spezzettamenti del positivismo giuridico, di cui ho detto in principio, sono venuti in risalto vari elementi che conviene ricordare per aver davanti il materiale da ricomporre in unità. Mi riferirò alle analisi di tre autori, scelti perché hanno dedicato al positivismo giuridico studi di grande impegno e di notevole acutezza e perché ne hanno affrontato i problemi, s'intende non senza importanti differenze fra le posizioni individuali, in un comune orientamento generale di pensiero, che è il medesimo in cui sono maturate queste mie pagine: nell'ordine in cui ne parlerò, Herbert Hart, Mario Cattaneo e il già citato Bobbio.

Secondo Hart si possono identificare sotto il nome di positivismo giuridico le cinque tesi seguenti: 1) il diritto è costituito da comandi di esseri umani; 2) non c'è una connessione necessaria fra il diritto e la morale, o fra il diritto come è e il diritto come dovrebbe essere; 3) l'analisi, o studio del significato dei concetti giuridici, è degna d'essere effettuata e va distinta dalle indagini storiche sulle cause o sulle origini del diritto, dalle indagini sociologiche sui rapporti fra il diritto e gli altri fenomeni sociali, e dalla valutazione del diritto in termini morali, di scopi sociali etc.; 4) un sistema giuridico è un sistema logico chiuso nel quale corrette decisioni possono esser dedotte con mezzi logici da norme predeterminate senza riferimenti a scopi sociali, indirizzi politici, princìpi morali etc.; 5) i giudizi morali non possono essere stabiliti o difesi razionalmente come i giudizi di fatto. Sottolinea Hart che fra queste tesi non c'è un legame necessario: troviamo infatti scrittori che accettano l'una e non l'altra, in combinazioni varie [1].

[1] H. L. A. HART, « Il positivismo e la separazione fra diritto e morale »,

Cattaneo, prendendo l'avvio dall'analisi di Hart, manifesta l'opinione che un legame necessario ci sia invece fra il punto due e il punto tre di quell'autore, espressione entrambi della fondamentale tesi giuspositivistica della separazione fra il diritto e la morale: e, utilizzando uno schema di Eisenmann [2], procede a studiare la portata e le implicazioni di tale tesi su tre piani, il piano della teoria del diritto, il piano della realizzazione del diritto attraverso il comportamento del giudice e del cittadino, il piano della legislazione, in un senso largo, come determinazione del contenuto del diritto positivo. Sul piano della teoria del diritto la separazione fra il diritto e la morale involge per Cattaneo che si definisca il concetto di diritto senza riferimenti a princìpi morali e che si cerchi di conoscere e descrivere i fenomeni rientranti in tale definizione senza giustificarli né condannarli. Sul piano della realizzazione del diritto attraverso il comportamento del giudice e del cittadino la separazione fra il diritto e la morale vien tradotta nell'affermazione dell'esistenza di un dovere di fedeltà e di obbedienza al diritto positivo, indipendentemente da o anche contro il dovere di obbedienza alle norme morali. Sul piano della legislazione, infine, Cattaneo interpreta la tesi giuspositivistica della separazione fra il diritto e la morale quale negazione di una morale razionale e oggettiva, cui il diritto debba ispirarsi: il positivismo giuridico coincide qui, come già nel quinto senso di Hart, con il relativismo etico. Osservo di passata che su quest'ultimo piano, stando all'interpretazione stessa che Cattaneo dà della posizione giuspositivistica, parlare di separazione fra il diritto e la morale non è più appropriato: il positivismo giuridico non tanto negherebbe che ci sia un rapporto fra la legislazione e la morale, quanto sosterrebbe che le scelte morali da cui dipendono i contenuti della legislazione sono soggettive e relative. Insiste Cattaneo nell'avvertire che i tre tipi di positivismo giuridico, quali si vengono ad avere con la sua interpretazione della separazione fra il diritto e la

in *Contributi all'analisi del diritto* (trad. it. di V. Frosini), Milano 1964, pp. 105-66, v. alle pp. 119-20 in nota; *Il concetto di diritto* (trad. it. di M. A. Cattaneo), Torino 1965, v. alle pp. 299-300.

[2] CH. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », in *Le droit naturel*, di autori vari, Parigi 1959, pp. 205-29.

morale sui tre piani della teoria del diritto, della realizzazione del diritto e della legislazione, sono fra loro indipendenti, cosicché una stessa persona può accettarne uno e respingerne un altro [3].

Discutendo Cattaneo, obbietta Bobbio contro di lui (e quindi anche contro Hart) non esser lecito presentare il positivismo giuridico come relativismo etico, e ciò sia perché in nessuna delle sue varie accezioni l'espressione « positivismo giuridico » è stata adoperata per indicare una filosofia morale o una teoria della morale, sia perché, quand'anche il positivismo giuridico potesse essere inteso in uno dei suoi sensi come una filosofia morale, di fatto troviamo che un bel numero di giuspositivisti, in particolare i maggiori rappresentanti della corrente in Inghilterra, sono fautori di una filosofia morale oggettivistica, l'utilitarismo. C'è poi, prosegue Bobbio, un altro significato del positivismo giuridico, che Cattaneo ha trascurato, il significato di gran lunga più rilevante nella tradizione giuridica continentale: il positivismo giuridico come teoria, e precisamente come teoria del diritto statal-legalistica, caratterizzata dall'affermazione della preminenza del diritto dello stato sul diritto di ogni altro ordinamento e dall'affermazione della preminenza della legge sulle altre fonti del diritto. Ecco dunque gli elementi distinguibili sotto il nome di positivismo giuridico secondo l'analisi effettuata da Bobbio: 1) un modo di avvicinarsi allo studio del diritto, un generale approccio al diritto, l'approccio scientifico: dove la parola « scientifico » è usata con riferimento alle scienze descrittive ed esplicative. Caratteristica essenziale della scienza è l'oggettività, nel senso di astensione da ogni presa di posizione di fronte alla realtà osservata: giuspositivista in questo primo significato del positivismo giuridico è colui che assume di fronte al diritto un atteggiamento oggettivo, avalutativo, eticamente neutrale, e lo studia come fatto, come è, distinguendo nettamente tra il diritto come fatto, come è, e il diritto come dovrebbe essere. 2) Una teoria del diritto, la teoria statal-legalistica. Una teoria è un insieme di asserzioni tra loro collegate, con le quali un certo

[3] M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese - Hobbes, Bentham, Austin*, Milano 1962, cap. I.

gruppo di fenomeni viene descritto, interpretato, portato a un livello molto alto di generalizzazione, unificato in un sistema coerente: la teoria statal-legalistica è la teoria con cui il positivismo giuridico, accostandovisi nel modo scientifico di cui sopra, ha descritto e interpretato quel complesso fenomeno nella formazione dello stato moderno che è la monopolizzazione del potere di produzione giuridica da parte dello stato. Nella teoria statal-legalistica del diritto, propria del positivismo giuridico, Bobbio individua alcuni caratteri principali ricorrenti: 2,1) una definizione volontaristica del diritto e una identificazione della volontà creatrice del diritto con la volontà del sovrano politico, e così una totale riduzione del diritto al diritto dello stato; 2,2) una concezione imperativistica della norma giuridica, ossia una concezione della norma giuridica come comando; 2,3) una teoria delle fonti del diritto che dà preminenza alla legge e fa delle altre fonti fonti subordinate alla legge, svalutando il diritto consuetudinario e il diritto giudiziario; 2,4) una teoria dell'ordinamento giuridico (essendosi venuti a dare il nome di ordinamento giuridico all'insieme delle norme di un dato sistema giuridico) comprendente i dogmi della completezza e della coerenza dell'ordinamento stesso; 2,5) una teoria dell'interpretazione e della scienza del diritto, secondo la quale l'ufficio del giurista e del giudice è dichiarare il diritto esistente piuttosto che produrre regole nuove e il metodo consiste prevalentemente in operazioni logiche. Sa bene Bobbio, naturalmente, che nel corso della storia queste concezioni e teorie hanno subito rilevanti trasformazioni, e avverte che non tutte si trovano in ogni autore cui possa darsi la qualifica di giuspositivista, ma mette anche in risalto le connessioni tra i vari punti: dall'affermazione che il diritto è l'espressione di una volontà dominante discende la teoria che vede nel diritto esclusivamente dei comandi; la concezione della norma giuridica come comando conduce a sottovalutare le fonti del diritto che male si definiscono in termini di comando e a dare il primato al diritto legislativo; il dogma dell'onnipotenza del legislatore fonda la completezza e la coerenza del sistema; e la completezza e la coerenza del sistema sono uno dei presupposti per la teoria del giudice

automa e più in generale per la considerazione dell'attività dell'interprete come attività essenzialmente logica. 3) Una ideologia relativa al diritto. In quest'ultimo dei significati distinti da Bobbio il positivismo giuridico è l'ideologia che attribuisce un valore al diritto positivo, qual è, per il solo fatto della sua esistenza, indipendentemente dalla sua corrispondenza a un diritto ideale, e afferma di conseguenza l'obbligo morale di obbedire alle leggi valide. Ad attribuire un valore al diritto positivo si arriva per vie diverse: o attraverso l'identificazione del diritto positivo, della volontà dominante nell'organizzazione politica, espressa nel diritto, con la giustizia stessa, o riconoscendo nel diritto positivo un mezzo per conseguire fini desiderabili, l'ordine, la pace, la certezza del diritto, in generale la giustizia legale. Nella seconda posizione il valore del diritto e l'obbligo morale d'obbedienza restano doppiamente condizionati: le leggi date devono essere mezzi idonei al raggiungimento dei fini che ne son propri; i valori garantiti dal diritto non devono entrare in conflitto con altri valori, quali i valori della vita, della libertà, della dignità umana, che la coscienza morale giudichi superiori. La filosofia che riduce la giustizia alla volontà dominante nell'organizzazione politica, osserva ancora Bobbio, non è, veramente, imputabile al positivismo giuridico: l'ideologia propria del positivismo giuridico è piuttosto quella moderata, che dà valore al diritto in quanto mezzo per fini desiderabili. Approccio scientifico, teoria, ideologia: per quel che concerne infine i rapporti tra questi elementi, Bobbio ne indica i nessi fattuali o storici. Il positivismo giuridico nel primo e il positivismo giuridico nel secondo significato nascono ad un tempo, quando alla fine del secolo XVIII i giuristi si volgono a poco a poco dal diritto naturale allo studio scientifico del diritto positivo e il diritto positivo che si trovano innanzi come oggetto di studio è quello ormai unificato dal potere statale delle monarchie assolute, e vanno uniti spesso al positivismo giuridico nel terzo significato. Sarebbe però un grave errore, avverte ancora Bobbio, confondere questi nessi storici con nessi logici: logicamente i tre elementi sono indipendenti, non esiste tra loro un rapporto necessario, nel senso che il positivismo giu-

ridico come modo di avvicinarsi allo studio del diritto non produce necessariamente né implica quella particolare teoria del diritto che pur essa viene chiamata positivismo giuridico, e quella particolare teoria del diritto non produce necessariamente né implica il positivismo giuridico come ideologia (l'ideologia presuppone però la teoria, e la teoria presuppone il modo di avvicinarsi allo studio del diritto) [4].

Così Hart, Cattaneo, Bobbio scompongono il positivismo giuridico; e avendolo scomposto vanno scegliendo e rifiutando, tengono una posizione e abbandonano l'altra. Hart scrive il saggio sul positivismo giuridico e la separazione fra il diritto e la morale per difendere la scuola giuspositivistica dalle critiche rivolte contro la sua distinzione fra il diritto come è e il diritto come dovrebbe essere: rileva che i critici hanno confuso tale distinzione con altre teorie giuspositivistiche, e dedica la sua analisi a sciogliere la confusione per potere appunto mantener quella distinzione lasciando cadere le teorie insostenibili [5]. Cattaneo, dopo avere stabilito la portata della giuspositivistica separazione fra il diritto e la morale sui tre piani della teoria del diritto, della realizzazione del diritto e della legislazione, dichiara di accettare la separazione sul primo piano e di non accettarla sul secondo e sul terzo [6]. Quanto a Bobbio, ecco in lui una difesa energica del positivismo giuridico come modo di avvicinarsi allo studio del diritto, come approccio scientifico; una revisione profonda del positivismo giuridico come teoria, con il deciso abbandono di tesi centrali, a cominciare dalla riduzione del diritto al diritto dello stato, e la trasformazione di altre; una difesa prudente e cauta del positivismo giuridico come

[4] Per l'analisi del positivismo giuridico v. N. BOBBIO, « Aspetti del positivismo giuridico », in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, volume primo di questa collana, Milano 1965, pp. 101-26; per la discussione di Cattaneo, con ulteriori svolgimenti dell'analisi, « Ancora sul positivismo giuridico », ivi, pp. 147-58; per un confronto tra il positivismo giuridico e il giusnaturalismo, che utilizza l'analisi del primo ed un'analoga analisi del secondo, « Giusnaturalismo e positivismo giuridico », ivi, pp. 127-46. Importante anche *Il positivismo giuridico - Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dr. Nello Morra*, Torino 1961.

[5] H. L. A. HART, « Il positivismo e la separazione tra diritto e morale », in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., v. alle pp. 107 ss.

[6] M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese - Hobbes, Bentham, Austin*, cit., v. alle pp. 38 ss.

ideologia del diritto positivo nella versione moderata [7]. Questi sbocchi del lavoro di Hart, di Cattaneo e di Bobbio illuminano all'evidenza la natura del lavoro stesso: non solo quello di Bobbio, ma anche quello di Hart e di Cattaneo è un lavoro che chiarisce e distingue per prendere partito, un lavoro costruttivo e ricostruttivo, un lavoro filosofico attivo, un lavoro nella direzione che ho sopra chiamato critica.

[7] N. Bobbio, « Aspetti del positivismo giuridico », « Giusnaturalismo e positivismo giuridico », in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit.; *Il positivismo giuridico - Lezioni etc.*, cit., p. 309 ss.

III. Alla ricerca di una definizione unitaria: il positivismo giuridico e la definizione del concetto di diritto

Ma è proprio inevitabile che l'intenzione critica ci porti a scomporre il positivismo giuridico così come è accaduto ad Hart e Cattaneo e Bobbio? o, come io ho già annunciato esser mio proposito, è possibile anche in tale direzione stabilire una definizione esplicativa che ricostituisca il concetto di positivismo giuridico in unità? Lasciamo per ora, provvisoriamente, da parte quell'identificazione del positivismo giuridico, in uno dei suoi sensi, con la filosofia morale relativistica, che abbiamo incontrato nel punto cinque di Hart e nel punto tre di Cattaneo: ci torneremo sopra più avanti, al giusto momento. Per il resto, il problema delle relazioni fra i vari elementi distinti da Hart, Cattaneo e Bobbio può esser posto (tanto per fare anche noi la nostra brava distinzione di piani) su piani diversi. Su un piano fattuale, il piano di una stretta descrizione di posizioni di autori e di scuole: dove e quando, in quali autori, in quali scuole, in quali momenti della storia del pensiero giuridico e del diritto, i vari elementi si trovano insieme? Se, come i nostri autori hanno rilevato, quegli elementi non vanno di fatto sempre insieme, bisogna però riconoscere che si accompagnano molto spesso e che maturano tutti nella stessa grande fase storica della cultura giuridica. Le relazioni fra i vari elementi possono poi esser considerate su un piano logico: fin dove e come l'accettazione di una posizione implica l'accettazione di altre o di alcuna delle altre posizioni? Bobbio, abbiamo visto, segnala connessioni logiche fra i diversi caratteri del positivismo giuridico come teoria, ma ci dice che fra il positivismo giuridico come approccio scientifico al diritto, come teoria e come ideologia non c'è una necessaria connessione logica; e una piena indipendenza logica affermano Hart fra le cinque tesi, Cattaneo fra i tre tipi di positivismo giuridico che essi distinguono. A me sembra che in questo le inclinazioni analitiche dei nostri autori siano state soverchie. Senza entrare in una discussione particolareggiata

dei rapporti fra punto e punto, vorrei sottolineare esserci almeno un punto che ha rilevanza generale e implicazioni riguardo a tutti gli altri punti, è una sorta di vestibolo introduttivo a tutto il discorso: quello della definizione del concetto di diritto, la definizione volontaristica e avalutativa, che fa del diritto un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia. S'intende che i rapporti logici fra vari settori di discorso e di operazioni per mezzo del discorso non dipendono dalla definizione di un solo concetto, bensì dal complesso delle regole di formazione e trasformazione del discorso ammesse nei vari settori: le strutture del linguaggio giuridico però son tali, che la definizione del concetto di diritto comporta le vaste implicazioni di cui ho detto. L'approccio scientifico al diritto non può essere considerato un momento logicamente anteriore ad una teoria del diritto, nella quale poi si dia la definizione del concetto di diritto: per poter parlare di un approccio scientifico al diritto e per cercare di realizzarlo bisogna ben sapere cos'è il diritto: la definizione del concetto di diritto determina la direzione e il termine dell'approccio. La scienza del diritto, come dice il suo nome stesso, è la scienza che si occupa del diritto: definendo il diritto in un certo modo si individua per la scienza del diritto un certo oggetto, se ne delimita il campo in una certa maniera, si dà un certo orientamento alle sue operazioni; e viceversa ogni caratterizzazione metodologica della scienza del diritto, ogni contrapposizione della scienza del diritto ad altre scienze o ai discorsi valutativi sul diritto suppongono una definizione del concetto di diritto che renda possibile quel metodo e corrisponda all'autonomia così affermata. Passando alla pratica del diritto, troviamo che qui si tratta di interpretare, applicare, eseguire il diritto, qualificare i comportamenti in relazione al diritto e trarre le conseguenze che il diritto collega a tali qualificazioni: diverse definizioni del diritto involgono cambiamenti nelle operazioni e nei concetti della pratica del diritto, determinando diversamente ciò cui si riferiscono, il diritto che viene interpretato, applicato, eseguito, che fornisce le quali-

ficazioni e ne stabilisce le conseguenze; e la pratica non si può dunque considerare tanto staccata dalla teoria, che la definizione del concetto di diritto sia affare della teoria senza rilievo per la pratica. Molto variabili e difficilmente accertabili, ma non meno importanti, sono le implicazioni e gli effetti della definizione del concetto di diritto nei discorsi valutativi sul diritto: molto variabili e difficilmente accertabili perché molto vari e di significato sovente ambiguo e di logica complicata sono i concetti impiegati in quei discorsi. Si può peraltro dire in generale che definire il concetto di diritto in un certo modo non soltanto determina in tale modo piuttosto che in un altro l'oggetto delle valutazioni, ma, ovviamente quando la definizione contenga connotazioni valutative, epperò anche quando non le contenga, comporta un orientamento delle valutazioni stesse. Al concetto di diritto son legati usualmente atteggiamenti e apprezzamenti, che una definizione esente da connotazioni valutative non basta ad annullare; per lo più atteggiamenti ed apprezzamenti favorevoli: il diritto è sentito e considerato come qualcosa che ha un suo valore e può avanzare qualche legittima pretesa all'obbedienza, se non in via primaria almeno in via secondaria e subordinatamente a valori più alti. A una data definizione del concetto di diritto segue, se la definizione è accettata, il riorientamento di quegli atteggiamenti e apprezzamenti e delle loro espressioni verso il designato assegnato al concetto, con il meccanismo che la filosofia del linguaggio contemporanea ha analizzato e chiarito studiando la cosiddetta definizione persuasiva. Le implicazioni e le conseguenze della definizione del concetto di diritto arrivano insomma in tutti i settori del discorso sul diritto.

Occorrono però, a questo punto, due avvertenze. Quando affermo che la definizione del concetto di diritto ha implicazioni e conseguenze in tutti i settori di discorso relativi al diritto mi riferisco a rapporti logici: è cosa diversa, e non intendo dire che di fatto la costruzione e la rielaborazione dei concetti e delle strutture logiche nel campo del diritto procedano sempre unilateralmente dalla definizione del concetto di diritto allo sviluppo delle implicazioni e conseguenze di tale definizione nei vari settori di discorso. Di fatto si pro-

dei rapporti fra punto e punto, vorrei sottolineare esserci almeno un punto che ha rilevanza generale e implicazioni riguardo a tutti gli altri punti, è una sorta di vestibolo introduttivo a tutto il discorso: quello della definizione del concetto di diritto, la definizione volontaristica e avalutativa, che fa del diritto un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia. S'intende che i rapporti logici fra vari settori di discorso e di operazioni per mezzo del discorso non dipendono dalla definizione di un solo concetto, bensì dal complesso delle regole di formazione e trasformazione del discorso ammesse nei vari settori: le strutture del linguaggio giuridico però son tali, che la definizione del concetto di diritto comporta le vaste implicazioni di cui ho detto. L'approccio scientifico al diritto non può essere considerato un momento logicamente anteriore ad una teoria del diritto, nella quale poi si dia la definizione del concetto di diritto: per poter parlare di un approccio scientifico al diritto e per cercare di realizzarlo bisogna ben sapere cos'è il diritto: la definizione del concetto di diritto determina la direzione e il termine dell'approccio. La scienza del diritto, come dice il suo nome stesso, è la scienza che si occupa del diritto: definendo il diritto in un certo modo si individua per la scienza del diritto un certo oggetto, se ne delimita il campo in una certa maniera, si dà un certo orientamento alle sue operazioni; e viceversa ogni caratterizzazione metodologica della scienza del diritto, ogni contrapposizione della scienza del diritto ad altre scienze o ai discorsi valutativi sul diritto suppongono una definizione del concetto di diritto che renda possibile quel metodo e corrisponda all'autonomia così affermata. Passando alla pratica del diritto, troviamo che qui si tratta di interpretare, applicare, eseguire il diritto, qualificare i comportamenti in relazione al diritto e trarre le conseguenze che il diritto collega a tali qualificazioni: diverse definizioni del diritto involgono cambiamenti nelle operazioni e nei concetti della pratica del diritto, determinando diversamente ciò cui si riferiscono, il diritto che viene interpretato, applicato, eseguito, che fornisce le quali-

ficazioni e ne stabilisce le conseguenze; e la pratica non si può dunque considerare tanto staccata dalla teoria, che la definizione del concetto di diritto sia affare della teoria senza rilievo per la pratica. Molto variabili e difficilmente accertabili, ma non meno importanti, sono le implicazioni e gli effetti della definizione del concetto di diritto nei discorsi valutativi sul diritto: molto variabili e difficilmente accertabili perché molto vari e di significato sovente ambiguo e di logica complicata sono i concetti impiegati in quei discorsi. Si può peraltro dire in generale che definire il concetto di diritto in un certo modo non soltanto determina in tale modo piuttosto che in un altro l'oggetto delle valutazioni, ma, ovviamente quando la definizione contenga connotazioni valutative, epperò anche quando non le contenga, comporta un orientamento delle valutazioni stesse. Al concetto di diritto son legati usualmente atteggiamenti e apprezzamenti, che una definizione esente da connotazioni valutative non basta ad annullare; per lo più atteggiamenti ed apprezzamenti favorevoli: il diritto è sentito e considerato come qualcosa che ha un suo valore e può avanzare qualche legittima pretesa all'obbedienza, se non in via primaria almeno in via secondaria e subordinatamente a valori più alti. A una data definizione del concetto di diritto segue, se la definizione è accettata, il riorientamento di quegli atteggiamenti e apprezzamenti e delle loro espressioni verso il designato assegnato al concetto, con il meccanismo che la filosofia del linguaggio contemporanea ha analizzato e chiarito studiando la cosiddetta definizione persuasiva. Le implicazioni e le conseguenze della definizione del concetto di diritto arrivano insomma in tutti i settori del discorso sul diritto.

Occorrono però, a questo punto, due avvertenze. Quando affermo che la definizione del concetto di diritto ha implicazioni e conseguenze in tutti i settori di discorso relativi al diritto mi riferisco a rapporti logici: è cosa diversa, e non intendo dire che di fatto la costruzione e la rielaborazione dei concetti e delle strutture logiche nel campo del diritto procedano sempre unilateralmente dalla definizione del concetto di diritto allo sviluppo delle implicazioni e conseguenze di tale definizione nei vari settori di discorso. Di fatto si pro-

cede ora in questa direzione, ponendo un certo concetto di diritto e sviluppandone le implicazioni, ora nella direzione inversa, dalla riforma dei concetti minori, dalla trasformazione degli atteggiamenti operativi nei vari settori alla revisione del concetto di diritto per metterlo d'accordo con essi, ora con un movimento di va e vieni: i filosofi del diritto tendono professionalmente a partire dal concetto di diritto per scendere al particolare, i giuristi tecnici tendono a risalire dal particolare al concetto di diritto. Ma nella struttura logica che vien fuori da questa dialettica il concetto di diritto occupa in ogni modo il posto più alto, o se si preferisce il più profondo, quello del fondamento: mentre dal punto di vista di un concetto particolare si vedono rapporti logici circoscritti, assumendo il punto di vista del concetto di diritto si domina tutta la trama dei rapporti logici che strutturano il discorso sul diritto, si possono cogliere con uno sguardo panoramico i caratteri e l'orientamento del discorso intero; la definizione del concetto di diritto prefigura il discorso intero; ecco l'interesse dell'assunzione di questo punto di vista, ecco perché la definizione del concetto di diritto non può esser logicamente considerata un punto particolare fra gli altri punti di un discorso sul diritto, l'affar di un piano particolare, bensì è una sorta di vestibolo introduttivo a tutti i piani, è la chiave di tutto il discorso nei suoi vari settori. Ed ancora — questa è la seconda avvertenza — quando affermo che la definizione del concetto di diritto ha implicazioni e conseguenze in tutti i settori di discorso relativi al diritto, non voglio certo dire che una data definizione del concetto di diritto comporti nei vari settori del discorso, la teoria, la pratica, l'ideologia, posizioni rigide e bloccate: non si spiegherebbe, altrimenti, come autori e scuole che accettano una stessa definizione del concetto di diritto, o definizioni molto vicine, possano poi differire e magari notevolmente sulle questioni particolari che si pongono nei vari settori: come accade anche nel positivismo giuridico. I rapporti logici fra vari settori di discorso e di operazioni per mezzo del discorso, l'ho già rilevato, non dipendono dalla definizione di un solo concetto, bensì dal complesso delle regole di formazione e trasformazione del discorso ammesse

nei vari settori: è pertanto possibile accettare una data definizione del concetto di diritto e quindi, attraverso differenti aggiustamenti del linguaggio nei vari settori, stabilire collegamenti diversi, modellare diversamente le implicazioni e le conseguenze di quella definizione nel quadro delle regole di formazione e trasformazione ammesse. Poiché peraltro simili aggiustamenti del linguaggio, se non si vuole arrivare a rotture troppo gravi con gli usi stabiliti grazie a cui ci intendiamo, hanno dei limiti, rimane in ogni caso alla definizione del concetto di diritto una grande forza prefiguratrice: dichiari alcuno che definizione del concetto di diritto accetta, e potremo stabilire con buona approssimazione quali sono i suoi orientamenti nella teoria e nella pratica del diritto; ed anche al di fuori di esplicite connotazioni valutative nella definizione potremo ancor dire, in modo assai meno certo, ma non senza basi, quali sono in materia i suoi orientamenti valutativi.

Tornando da queste considerazioni generali sulla definizione del concetto di diritto alla definizione giuspositivistica, volontaristica e avalutativa, che fa del diritto un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia, possiamo in conclusione ripetere che questa definizione non è un episodio particolare, un punto fra altri punti, uno specifico risultato di un lavoro svolto su un piano fra altri piani: è invece la chiave di tutto il discorso sul diritto proprio del positivismo giuridico, il culmine che ne dà la visione d'insieme, il fondamento comune, il centro ove si collegano i suoi vari settori. Comprendiamo ora che parecchi autori abbiano potuto pensare di definire il positivismo giuridico appoggiandosi sulla definizione del concetto di diritto individuata come propria del positivismo giuridico stesso: il positivismo giuridico è quell'indirizzo della cultura giuridica in cui si dà del diritto la definizione volontaristica e avalutativa, che ne fa un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia. Tale modo di definire il positivi-

smo giuridico ha consistenza: purché si veda chiaramente che la definizione del concetto di diritto non è una faccenda puramente verbale, non si esaurisce nell'uso di espressioni linguistiche isolate, bensì attraverso il concetto definito mette in funzione la trama delle connessioni logiche ed operative e valutative su cui sopra si è insistito: sottolineando questo, diremo anche noi che una caratteristica del positivismo giuridico, assumibile quale caratteristica definitoria in una ricostruzione unitaria del concetto, sta nella definizione del concetto di diritto volontaristica e avalutativa, per cui il diritto è un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia. O meglio, diremo che caratteristica definitoria del positivismo giuridico è una definizione del concetto di diritto avente questo nocciolo. Quello che siamo fin qui andati ripetendo è infatti evidentemente soltanto un nocciolo di definizione, non una definizione completa.

IV. Alla ricerca di una definizione unitaria: per una considerazione teleologica del positivismo giuridico

Il problema delle relazioni fra i vari elementi distinti sotto il nome di positivismo giuridico da Hart, Cattaneo e Bobbio può ancora esser posto, dopo il piano fattuale, di una stretta descrizione di posizioni di autori e di scuole, e dopo il piano logico, su un terzo piano, che i nostri autori hanno avuto il torto di lasciare in ombra: il piano che chiameremo teleologico. Le posizioni e gli atteggiamenti teorici e pratici, che noi unifichiamo come momenti ed aspetti di un orientamento, di un indirizzo culturale, ed etichettiamo quindi con una stessa etichetta, non sono di solito così rigidamente congiunti da dover essere sempre tutti compresenti ogni volta che ne sia presente uno; né un discorso logicamente perfetto li accoglie e sistema nelle sue strutture con ben determinate e rigorose connessioni; ma sono collegati in altro modo, meno diretto della costante compresenza fattuale e della perfetta connessione logica, eppure rilevante e assai significativo. Rifiutare, per eccesso di preoccupazioni analitiche ed empiristiche, di fondare le definizioni su questa specie di combinazione delle parti in unità ci costringerebbe a rinunciare alla maggior parte dei concetti con cui comprendiamo i fenomeni della cultura e prendiamo partito rispetto ad essi. Le posizioni e gli atteggiamenti sono connessi in modo teleologico, nel senso che si formano e si trasformano, si associano e si separano, trovano ragione e giustificazione e funzione nel corso di un lavoro culturale in cui è possibile segnare una direzione comune, un'intenzione o alcune intenzioni dominanti, un valore o alcuni valori-guida. Ripercorrendo la storia di un orientamento, di un indirizzo culturale, vediamo che il suo nascere corrisponde al manifestarsi di intenzioni e valori, ancora oscuri, ancora confusi, che poi si chiariscono, si accentuano, diventano primari, si spiegano e si realizzano in attività complesse; si vanno poi trasformando, trasformandosi con essi le attività che ne sono guidate; finché non si riesce più a trovare una continuità nella trasformazione, non si riconoscono più

le intenzioni e i valori caratterizzanti l'orientamento, e allora deve dirsi che questo è giunto alla fine, si è dissolto o si è trasmutato in cosa diversa. È grazie alle intenzioni dominanti, ai valori-guida che possiamo parlare di un orientamento culturale come di qualcosa di unitario, e prendere partito rispetto ad un orientamento è prima di tutto prendere partito rispetto a quelle intenzioni, a quei valori, e alla luce di essi rispetto alle particolari attuazioni. Non credo che dare a un concetto un simile fondamento sia tradire le richieste di una filosofia analitica ed empiristica, che ogni concetto voglia fondato nell'esperienza, riducibile sia pure per catene concettuali lunghe e complicate a dati di osservazione: i concetti relativi alle intenzioni dominanti, ai valori-guida di un orientamento culturale sono costruiti per astrazione e generalizzazione sulla base di e in relazione a una molteplicità di comportamenti osservabili, inclusi naturalmente fra i comportamenti osservabili i comportamenti linguistici (al diverso modo di astrarre e generalizzare, oltreché all'utilizzazione di dati diversi, corrisponde la possibilità di diverse interpretazioni di una stessa storia o situazione culturale). Si tratta però di cogliere nei comportamenti umani quel loro aspetto caratteristico ed essenziale che è l'intenzionalità (non è questo il luogo per entrare nelle molte e difficili discussioni che nella filosofia contemporanea si fanno intorno alla maniera in cui restando su un terreno empirico può esser concepito e colto il carattere intenzionale di un comportamento); e si tratta ancora di riconoscere che le tecniche di costruzione concettuale appropriate ai concetti culturali, quando comportano riferimenti a intenzioni e valori, non possono essere ridotte alle tecniche di costruzione concettuale proprie delle scienze della natura. Anche l'approccio al positivismo giuridico, per ricostituirlo in unità, dev'essere a mio giudizio di questo tipo. Finché ne mettiamo i pezzi uno accanto all'altro su un piano fattuale, nel senso di una stretta descrizione di posizioni di autori e di scuole, siamo di fronte a un rompicapo in cui non si riesce a vedere un disegno ed abbiamo l'impressione che ogni pezzo possa esser tolto o rimesso a piacere; sul piano logico possiamo trovare, nella definizione del concetto di diritto, un punto di vista che ci dia una visione d'insieme del

discorso sul diritto e degli atteggiamenti rispetto al diritto propri del positivismo giuridico, ma, non essendo quel discorso un discorso logicamente perfetto, rimane la possibilità di una varietà di posizioni logicamente non unificate; è la considerazione teleologica a portarci nel cuore del positivismo giuridico, a farcene afferrare l'unità: unità nella direzione, nelle intenzioni dominanti, nei valori-guida.

V. L'interpretazione del positivismo giuridico come movimento per la scienza del diritto: critica e rifiuto

È possibile segnare, in quel complesso di posizioni e di atteggiamenti teorici e pratici cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico, una direzione unitaria? Sono state date, al proposito, due fondamentali risposte positive. Secondo una di tali risposte la direzione di fondo, che conferisce unità al positivismo giuridico, in relazione alla quale si può definire il concetto di positivismo giuridico come un concetto unitario, è quella della scienza: il positivismo giuridico è l'orientamento, l'indirizzo della cultura giuridica che s'ispira al valore della scienza e tende alla realizzazione di una scienza del diritto. Leggiamo, per esempio, proprio in apertura di un recente, meditato libro di Arduino Agnelli, *John Austin - alle origini del positivismo giuridico*: « Tanto numerose, e spesso incompatibili tra di loro, sono le posizioni di pensiero che si richiamano alla mente quando si parla di positivismo giuridico che l'espressione non sembra più assicurare alla ricerca contemporanea quell'orientamento che, in altri tempi, risultava da essa in maniera sufficientemente chiara. L'espressione " positivismo giuridico ", tuttavia, assume un significato unitario ed indica all'indagatore una direzione sicura quando viene associata alla battaglia che, in suo nome, fu sostenuta nel secolo scorso dalla giurisprudenza per l'affermazione e il riconoscimento della sua autonomia scientifica ». Battaglia, prosegue l'autore, combattuta su due fronti: da una parte, contro le concezioni che, presentandolo sotto la veste di una giuridicità superiore, naturale, introducevano nella sfera della giurisprudenza il non giuridico; dall'altra parte contro la tendenza di molti giuristi a limitarsi ad una nozionalità pratico-professionale, a non elevarsi nelle proprie costruzioni ad un livello sistematico. « Il carattere unitario del diritto veniva a porsi come la condizione perché la giurisprudenza non fosse subordinata ad altri ordini di conoscenze. Si capisce, di conseguenza, perché il positivismo giuridico si ponesse necessariamente come atteggiamento polemico nei confron-

ti del concetto di diritto naturale e della scuola che lo sosteneva: postulare infatti due distinte sfere giuridiche, come fanno per lo più i giusnaturalisti, e sopraordinare il diritto naturale al diritto positivo, perché il secondo non è che accidentalità ed il primo invece discende dagli eterni princìpi di ragione e in quanto tale è possibile oggetto di scienza, significa negare la unitarietà del diritto ed affermare il carattere scientifico di quelle sole conoscenze che si fondano su princìpi *a priori*. Questa fondazione aprioristica della conoscenza scientifica è l'elemento di divisione insanabile tra giusnaturalismo e positivismo giuridico: quest'ultimo non ignora che non tutte le concezioni giusnaturalistiche sono dualistiche, ma la sistemazione proposta, anche quando il dualismo è evitato, si fonda su premesse errate ed inaccettabili dal suo punto di vista »[1]. Il positivismo giuridico, insomma, lotta per una scienza del diritto, affermata e riconosciuta nella sua autonomia, che non è la scienza *a priori* giusnaturalistica: condizione di questa scienza è il carattere unitario del diritto: ecco dunque il positivismo giuridico, in polemica con il giusnaturalismo, determinare il diritto, oggetto della scienza del diritto, in modo unitario, identificandolo completamente e senza residui con il diritto positivo. Si può dire che, stando a questa interpretazione, nel positivismo giuridico la positività è in funzione della scientificità: non si fa una scienza del diritto come scienza del diritto positivo perché interessa conoscere scientificamente il diritto positivo, e quindi se ne fa la scienza, ma si fa una scienza del diritto come scienza del diritto positivo perché interessa fare la scienza del diritto e, trovando nel diritto positivo l'oggetto che la rende possibile, le si assegna appunto questo oggetto. Che la direzione di fondo del positivismo giuridico sia quella della scienza è, a ben guardare, opinione attribuibile, al di là delle sue distinzioni, allo stesso Bobbio. Se ci chiediamo che cosa, attraverso l'analisi, Bobbio afferri ed indichi nel positivismo giuridico di dominante e costante e determinante, possiamo dire che si tratta dell'approccio scientifico al diritto: il positivismo giuridico come teoria è un prodotto dell'approccio scientifico al dirit-

[1] A. AGNELLI, *John Austin - alle origini del positivismo giuridico*, Torino 1959, pp. 9-10.

to, applicato al diritto del tempo in cui l'approccio scientifico è maturato, e un approccio scientifico a un diritto diverso darebbe una teoria diversa; il positivismo giuridico come ideologia è qualcosa che può aggiungersi o non aggiungersi all'approccio scientifico ed alla teoria che ne è prodotta; l'approccio scientifico rende possibile la teoria e l'ideologia, che lo presuppongono; togliendo l'ideologia e la teoria resta l'approccio scientifico, che potrà dare nuovi frutti, togliendo l'approccio scientifico il positivismo giuridico tutto scompare; l'approccio scientifico è ciò che, principalmente, Bobbio si propone di salvare, le distinzioni offrendo la possibilità di abbandonare del positivismo giuridico le parti caduche per conservarne l'essenza, appunto l'approccio scientifico al diritto.

La lotta per la scienza del diritto è fuor di dubbio una componente importante del positivismo giuridico, una tendenza di notevole rilievo nelle posizioni e negli atteggiamenti cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico: tendenza che scaturisce da esigenze interne del lavoro dei giuristi e che si nutre anche del desiderio dei giuristi stessi, afflitti forse da un oscuro complesso d'inferiorità, di foggiare e interpretare il proprio lavoro sull'immagine ricca di prestigio culturale della scienza. Non credo tuttavia che il positivismo giuridico possa esser caratterizzato in via primaria come un movimento scientifico, che si possa ravvisare nella lotta per la scienza del diritto la sua direzione di fondo e nel valore della scienza il suo valore-guida, che il suo volgersi al diritto positivo sia addirittura riducibile ad una misura per rendere possibile una scienza del diritto. Nella cultura moderna le scienze si sono sviluppate su due linee fondamentali, elaborando, precisando e realizzando sempre meglio due modelli basilari di scienza: il modello della scienza empirica e il modello della scienza astratta [2]. Una scienza empirica appoggia le sue costruzioni teoriche su dati di osservazione, registrati per mezzo di espressioni linguistiche, e nella teoria, con la formulazione di leggi generali, cerca di inquadrare e spiegare gli eventi osservati e di prevedere altri

[2] V. al riguardo A. PASQUINELLI, *Nuovi principi di epistemologia*, cit., cap. I, 6.

eventi, controllando sulla riuscita delle previsioni la teoria stessa e le leggi; la verità caratteristica di questa specie di scienza è la verità empirica: una proposizione è tenuta per vera quando i dati di osservazione la verificano o, secondo una tesi più raffinata e sottile, finché non la falsifichi un dato di osservazione contrario. Il campo d'indagine di una scienza empirica non subisce limitazioni *a priori*: la scienza studia gli eventi di un certo tipo, ma ogni evento che apparisca sotto qualsiasi profilo rilevante in ordine alla spiegazione ed alle previsioni potrà essere preso in considerazione e collegato con quelli. Una scienza astratta muove da un insieme di assunti iniziali (comunque siano da interpretare tali assunti, come espressione di verità autoevidenti, o semplici convenzioni etc.) e, attenendosi alle regole di formazione e trasformazione del discorso poste con quegli assunti o da essi determinate, sviluppa in modo rigoroso e coerente le proposizioni che ne possono essere ricavate; la verità caratteristica di questa specie di scienza è la verità logica: una proposizione è tenuta per vera quando è ricavata dal sistema con procedimenti di formazione e di trasformazione ammessi nel sistema stesso. Vediamo ora a che portano i due modelli di scienza, applicati alla scienza del diritto, come si costituirà una scienza del diritto che segua l'una o l'altra delle linee fondamentali ora indicate. Una scienza del diritto come scienza empirica studierà eventi di un certo tipo, gli eventi rientranti sotto la sua definizione del concetto di diritto, e cercherà nella teoria, con la formulazione di leggi generali, di inquadrarli e spiegarli e prevederli, collegandoli ad ogni evento che apparisca sotto qualsiasi profilo rilevante in ordine alla spiegazione ed alle previsioni. Esiste in effetti, ed ha avuto già notevoli fortune ed ha un grande avvenire, una scienza del diritto come scienza empirica: la sociologia giuridica. Una scienza del diritto come scienza astratta svilupperà, muovendo da un insieme di assunti iniziali, un discorso rigoroso e coerente, che per certi suoi caratteri possa esser chiamato giuridico. Una simile scienza del diritto ce la dànno, quando e nei limiti in cui il loro discorso è rigoroso e coerente, i giusnaturalisti, i quali ritengono appunto che sia possibile individuare nel campo del diritto dei princìpi giu-

ridici da cui far discendere tutto il discorso giuridico [3]. Il positivismo giuridico, invece, non segue né l'una né l'altra di queste due grandi strade della scienza nella cultura moderna, né la strada della scienza empirica, né la strada della scienza astratta, e fa qualcosa di strano e sconcertante. Prendendo ad oggetto di studio il diritto positivo, un insieme di norme poste dalla volontà di esseri umani, si lega ad un dato empirico, rinunciando pertanto a costruire una scienza del diritto come scienza astratta. Quel dato empirico, però, è trattato in maniera assai diversa dalla maniera in cui la scienza empirica tratta i suoi dati. Non si tende infatti ad inquadrare e spiegare nella teoria, con la formulazione di leggi generali, eventi che ricadano sotto la definizione giuspositivistica del diritto ed eventi con quelli connessi, ed a prevedere eventi dello stesso tipo; né il campo d'indagine è come il campo d'indagine d'una scienza empirica aperto al collegamento degli eventi studiati con ogni evento che apparisca sotto qualsiasi profilo rilevante in ordine alla spiegazione ed alle previsioni. L'insieme delle norme poste dalla volontà di esseri umani, in cui è identificato il diritto, è assunto fra le esperienze attuali e possibili come un *quid unicum*, un dato assolutamente privilegiato, situato su un piano diverso dal piano su cui restano gli altri dati, e non in attesa di essere spiegato attraverso il collegamento con altri dati, bensì diretto a dar forma e qualifica agli eventi, a servire rispetto ad essi da guida e criterio di giudizio; ed il compito che ci si propone circa quel dato privilegiato non è spiegare e prevedere, ma fondamentalmente intendere le norme che lo costituiscono, traendone una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne. Il paragone che più spontaneo viene alla mente, considerando il dato cui si volge il positivismo giuridico e il modo in cui lo tratta, non è invero quello della scienza, è quello (tante volte fatto) di una disciplina di natura e scopo assai diversi, la teologia, in particolare la branca della teologia che studia le norme di condotta stabilite dalla

[3] La nozione di diritto naturale da me tenuta presente qui e più avanti è quella chiarita in G. Fassò, *Che cosa intendiamo con « diritto naturale »?*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1961, pp. 168-90. Ma per la diversa nozione di diritto naturale cui Fassò è poi pervenuto v. *La legge della ragione*, Bologna 1964.

volontà divina, la teologia morale. Davanti al teologo come davanti al giurista giuspositivista non è un'esperienza assiologicamente indifferenziata, da organizzare in un sistema di spiegazioni e di previsioni; è un'esperienza da cui emerge e su cui sovrasta un insieme di norme istituite da una volontà superna; c'è questo insieme di norme al di sopra, e gli eventi prendono un posto nella trama delle norme e ricevono dal rapporto con le norme un valore. Ecco, pertanto, il linguaggio del giurista giuspositivista, come quello del teologo morale, strutturarsi in termini diversi dai termini delle scienze empiriche, trovare le sue categorie fondamentali nel dovere e nel permesso, nel valido e nell'invalido etc. Senonché il teologo studia (o crede di studiare) le norme stabilite da una volontà eterna ed immutabile; mentre il giurista giuspositivista dedica le sue fatiche a norme poste, ahimè, dalla volontà di esseri umani, mutevole, effimera, soggetta alle rapide ingiurie del tempo. Due parole del legislatore, o la caduta del legislatore, mandano al macero, o per lo meno mettono fuori del loro proprio uso, intere biblioteche giuspositivistiche: strana scelta dell'oggetto, davvero, quella del positivismo giuridico, se lo scopo della scelta dell'oggetto fosse stato rendere possibile una scienza del diritto. Con un simile oggetto, in che senso si potrà ancora parlare di una scienza del diritto? In che senso anche noi, pur rifiutando l'opinione che il positivismo giuridico possa essere caratterizzato in via primaria come un movimento scientifico, che si possa ravvisare nella lotta per la scienza del diritto la sua direzione di fondo e nel valore della scienza il suo valore-guida, abbiamo potuto dire tuttavia che nel positivismo giuridico la lotta per la scienza del diritto è una componente importante? Nell'indirizzo che si è legato al caduco oggetto delle norme poste dalla volontà di esseri umani, lo spirito scientifico si poteva manifestare in primo luogo e si è in effetti manifestato nell'interpretazione e nella ricostruzione dei sistemi di norme via via considerati: il giurista giuspositivista, assolvendo il compito fondamentale di intendere le norme, si sforza di passare dall'incerto al certo, dal vago e dall'equivoco all'univoco e al preciso; e le norme interpretate sono allogate in un sistema ricostruito con rigore e coe-

renza, dove si ritrovano più facilmente e si illuminano a vicenda. Di scienza, qui, si può parlare nel significato largo in cui è scientifico ogni discorso che tenda alla precisione, al rigore e alla coerenza. Per l'interpretazione e la ricostruzione del sistema il giurista elabora un linguaggio speciale, un apparato concettuale atto alla traduzione delle norme interpretate in espressioni precise ed alla formulazione rigorosa e coerente delle relazioni interne al sistema. La materia è effimera, ma l'apparato concettuale dei giuristi ne trascende le venture: se le norme e i sistemi di norme assunti ad oggetto di studio si estinguono ed altri ne sopravvengono, quell'apparato è l'eredità lasciata da chi ha lavorato su certe norme a chi lavorerà sulle norme nuove. In realtà, quando le due parole del legislatore o la caduta del legislatore travolgono le norme di un certo diritto positivo, nessun giurista manda al macero la sua biblioteca, e non solo per sentimento di bibliofilo: da quei libri superati c'è tuttavia tanto da imparare: ai giuristi che hanno preso in esame dati positivi diversi dagli attuali ci si volge ancora per riceverne lo strumentario concettuale, per apprendere a foggiarsi gli strumenti ed a migliorarli: così chi precede fa lume a chi vien dietro. Si può allora pensare che l'aspetto veramente scientifico del lavoro del giurista stia nell'elaborazione dell'apparato concettuale che viene impiegato nello studio del diritto positivo come via via nel corso della storia si presenta. La lotta per la scienza del diritto, infatti, si è orientata nel positivismo giuridico in questo senso, qui si è sperato di poter trovare o di poter costruire qualcosa con un valore duraturo, il valore duraturo che si pensa esser proprio delle scoperte e delle costruzioni della scienza. Si è sviluppato in tal maniera nel positivismo giuridico un indirizzo di ricerca relativo ai concetti, o categorie, o come dir si voglia, costitutivi della struttura in cui si svolge lo studio delle norme di questo o di quel diritto positivo: indirizzo che, concernendo forme concettuali applicabili a diversi contenuti di diritto positivo, ha preso il nome di formalistico. Lo sviluppo delle ricerche sulle forme concettuali è stato notevole (favorito anche dalla possibilità di un riallacciamento alla tradizione giuridica anteriore al positivismo giuridico, in particolare alla tradizione

giusnaturalistica ed alle sue avanzate analisi concettuali) ed ha, nelle posizioni e negli atteggiamenti cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico e nelle loro vicende, un notevole risalto: al punto che più di un autore, lasciando in ombra la materia cui il positivismo giuridico si volge e cui le forme concettuali son destinate, è arrivato a identificare addirittura positivismo giuridico e formalismo. Nello studio delle forme sono state tentate vie diverse e si è giunti a conclusioni discordanti, in cui si riflettono le concezioni e le vocazioni filosofiche dei vari studiosi: vi hanno espresso gli uni le loro aspirazioni metafisiche ed assolutistiche, teorizzando forme giuridiche costituenti una struttura necessaria per lo studio di ogni diritto positivo, mentre gli altri sono approdati a tesi relativistiche ed hanno sostenuto che c'è modo, sì, di elaborare forme capaci di valere al di là di un determinato diritto positivo, ma limitatamente a coincidenze e concordanze fra diritti positivi particolari e non per ogni diritto positivo possibile; e non di rado si è provveduto ad una conciliazione fra le aspirazioni assolutistiche degli autori e le evidenze relativistiche dell'esperienza affermando che nella struttura concettuale con cui opera il giurista ci sono e concetti assoluti, validi per ogni diritto positivo possibile, e concetti relativi, validi per particolari diritti positivi nei limiti delle loro coincidenze e concordanze. E variano naturalmente le idee sul modo di scoprire o costruire le forme giuridiche e sui loro rapporti con la materia: per gli uni si tratta di categorie trascendentali fisse, con cui l'attività ordinatrice della mente sistema la materia fornita dall'esperienza, da conoscere e determinare con l'esercizio della pura ragione, per altri di concetti empirici da costruire per induzione, per altri ancora di forme linguistiche convenzionali etc. Io non voglio entrare qui nei difficili problemi della teoria delle forme giuridiche, e mi limito, sul filo del nostro discorso, a un'osservazione: se è vero, da un lato, che nelle prospettive del positivismo giuridico l'aspetto del lavoro del giurista meglio corrispondente all'idea della scienza e capace come la scienza di risultati duraturi è l'elaborazione dell'apparato concettuale che viene impiegato nello studio del diritto positivo come via via nel corso della storia si presenta, è

però anche vero che ogni interpretazione del positivismo giuridico, la quale per presentarlo come un movimento scientifico avente nella lotta per la scienza del diritto la direzione di fondo e nel valore della scienza il valore-guida si fondi sul suo indirizzo formalistico, è un'interpretazione monca e unilaterale: l'impiego dei concetti è, in ordine alla caratterizzazione del positivismo giuridico, almeno tanto importante quanto la loro elaborazione, l'elaborazione non può essere considerata indipendentemente dal suo scopo, l'applicazione dei concetti alla materia dei particolari diritti positivi. E la materia del diritto positivo è quella caduca delle norme poste dalla volontà di esseri umani. Il positivismo giuridico sembra essere, insomma, uno strano movimento culturale in cui si fa grande sforzo di scienza per elaborare forme concettuali atte a portare rigore e sistematicità in una materia caduca, tale che continuamente la fatica sopra di essa deve ricominciare da capo; i giuristi giuspositivisti sembrano essere intellettuali masochisti che si sono condannati da sé a un lavoro di Sisifo, con la stramba velleità di compiere questo lavoro, sempre nuovo e sempre condannato, in forme scientifiche. È mai possibile che una situazione così paradossale possa essere spiegata con la volontà di far della scienza?

VI. L'interpretazione politica del positivismo giuridico

Ho detto sopra che alla domanda, se sia possibile segnare in quel complesso di posizioni e di atteggiamenti teorici e pratici cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico una direzione unitaria, sono state date due fondamentali risposte positive. Abbiamo esaminato una di tali risposte, la risposta per cui la direzione di fondo, che conferisce unità al positivismo giuridico, in relazione alla quale si può definire il positivismo giuridico come un concetto unitario, è quella della scienza; e non abbiamo creduto di poterla accettare. Rimane l'altra risposta, rimane quella che, in contrapposto all'interpretazione scientifica, possiamo chiamare l'interpretazione politica del positivismo giuridico: l'interpretazione che fa del positivismo giuridico qualcosa di strettamente connesso alla formazione ed agli sviluppi di un certo tipo di organizzazione politica, l'organizzazione politica propria della forma di stato che si usa chiamare moderno; connesso, non nel senso indicato da Bobbio, nel senso che i giuristi giuspositivisti, essendosi volti dal diritto naturale allo studio scientifico del diritto positivo ed essendosi trovati davanti il diritto dello stato moderno, hanno studiato tale diritto, come avrebbero potuto studiare ogni altro diritto possibile, e con le loro teorie lo hanno descritto e ne hanno dato la coscienza teorica, come avrebbero potuto con altre teorie dare la coscienza teorica di ogni altro diritto possibile; ma connesso nel senso che il positivismo giuridico, le sue concezioni, i modi di operare da esso determinati, hanno avuto nelle vicende dell'organizzazione politica dello stato moderno una parte attiva, hanno contribuito a realizzarla e difenderla, ne sono stati essi stessi un momento e un aspetto. I giuristi giuspositivisti, secondo questa interpretazione, non possono essere ridotti al ruolo di semplici spettatori, bensì vanno considerati nella storia dello stato moderno degli attori, benché magari non protagonisti, politicamente impegnati per la sua affermazione e la sua conser-

vazione. In contrapposto all'interpretazione scientifica l'interpretazione politica del positivismo giuridico può essere così sintetizzata: mentre per l'interpretazione scientifica la positività è in funzione della scientificità, si fa una scienza del diritto come scienza del diritto positivo perché interessa fare la scienza del diritto e, identificando nel diritto positivo l'oggetto che la rende possibile, le si assegna appunto questo oggetto, ci si volge con la scienza al fatto e, incontrando come fatto il diritto positivo, questo fatto si conosce nella scienza, per l'interpretazione politica al contrario la scientificità è in funzione della positività, si fa un lavoro scientifico sul diritto positivo, ci si preoccupa di intenderlo e di precisarlo e di ricostruirlo in rigoroso sistema, si elabora l'apparato concettuale atto alla traduzione delle norme interpretate in espressioni rigorose ed alla formulazione delle relazioni interne al sistema, per servire la volontà politica che in quel diritto positivo si è manifestata, per attuare la disciplina dei rapporti sociali cui quella volontà politica tende, per rendere effettiva e funzionante la struttura di norme di diritto positivo che è lo scheletro dell'organizzazione politica. Il giurista giuspositivista, stando a questa interpretazione del positivismo giuridico, non è uno scienziato ispirato da un puro amore per la scienza, ma piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio e d'opera a fini e interessi politici: i fini e gli interessi politici dello stato moderno.

Vediamo, per esempio, l'interpretazione politica del positivismo giuridico in un autore che abbiamo già avuto occasione di citare, Matteucci. Matteucci si propone, appunto, di mostrare la presenza nella tradizione del positivismo giuridico di quel « demone politico » che oggi invece si cerca, con distinzioni sempre più sottili e addirittura bizantine, di esorcizzare [1]. Il positivismo giuridico, dice Matteucci, è stato una grande rivoluzione nella storia della scienza giuridica, e consiste nella lucida presa di coscienza di una nuova realtà emergente, lo stato moderno, lo stato sovrano: presa di coscienza, ma non nel senso neutro e avalutativo dei moderni analisti, presa di coscienza attiva, che fornisce agli uomini

[1] N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., v. a p. 1076 in nota.

la necessaria consapevolezza critica del tempo e gli strumenti politici e scientifici per operare in esso. È scienza, il positivismo giuridico, in quanto si incentra tutto su un nuovo fatto, la legge in senso stretto, ma è ideologia, in quanto a questo fatto conferisce una posizione privilegiata: la legge è la fonte delle fonti. C'è nel positivismo giuridico, prosegue il nostro autore, una scelta politica, la scelta dell'emergente diritto nazionale rispetto ad altri diritti, come quello naturale, quello delle genti, quello canonico; della legge rispetto al diritto comune, alla consuetudine, alla giurisprudenza, all'equità; una scelta che ha avuto per vero ed ultimo avversario non tanto il diritto naturale (le codificazioni sono nate infatti proprio dall'esigenza di rendere certe e stabili, contro la consuetudine, le norme del diritto naturale) quanto la concezione costituzionale propria delle monarchie dei secoli XIV-XVI, secondo la quale il re, per quanto assoluto e insindacabile nella sfera del governo, era limitato da una legge a lui superiore e non poteva disporre dei diritti attribuiti ai sudditi da tale legge suprema. E contro questa concezione della supremazia della legge, nella quale il potere deve trovare il suo limite, il positivismo giuridico, conclude Matteucci, armato della nuova teoria politica e scientifica della sovranità, è di una coerenza esemplare: i soli limiti che riconosce al potere sovrano sono quelli derivanti dall'opportunità politica, e non certo dal diritto, appunto perché dire potere sovrano equivale ad affermare un potere arbitrario che liberamente dispone del diritto [2].

Matteucci, lo sappiamo, è un avversario del positivismo giuridico. Accade in effetti che gli avversari del positivismo giuridico si volgano generalmente all'interpretazione politica, mentre è fra gli adepti e i difensori che incontriamo l'interpretazione scientifica. Ci tratterremo a suo tempo sui motivi che spingono chi si batte per il positivismo giuridico a darne l'interpretazione scientifica. Ora voglio dichiarare la mia posizione relativamente eccezionale nello schieramento degli amici e dei nemici: mentre sto, nel senso e nei limiti che saranno chiariti, dalla parte del positivismo giuridico, riten-

[2] N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pp. 1072-4.

go di doverne accogliere, siccome più acconcia e meglio fondata, l'interpretazione politica. Proposito di questo libro è appunto sostenere un'interpretazione politica del positivismo giuridico eppur suggerire l'idea che proprio sul terreno politico, a certe condizioni, si possono portare in favore del positivismo giuridico degli ottimi argomenti, gli argomenti migliori. È in ogni modo su questo terreno, a mio giudizio, che il positivismo giuridico va compreso e va posto il problema dell'accettazione o del rifiuto di esso.

VII. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): validità, legittimità, effettività del diritto e scelta politica

Ci siamo già fermati sul punto essenziale, che davanti al giurista giuspositivista il diritto positivo non è un fatto tra i fatti, ma è assunto tra le esperienze attuali e possibili come un dato assolutamente privilegiato, situato su un piano diverso dal piano su cui restano gli altri dati, diretto a dar forma e qualifica agli eventi, a servire rispetto ad essi da guida e da criterio di giudizio; ed il compito che ci si propone rispetto a quel dato privilegiato non è spiegare e prevedere, ma fondamentalmente intendere le norme che lo costituiscono, traendone una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne. La cosa può essere ulteriormente chiarita riprendendo (con una certa libertà) un'importante e centrata distinzione proposta da Hart, fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme di condotta [1]. Quando un gruppo sociale ha delle norme di condotta è possibile mettersi, rispetto alle norme ed ai comportamenti dei membri del gruppo, da punti di vista diversi, che involgono diverse specie di discorsi. Un primo punto di vista è quello di un osservatore esterno. Un osservatore esterno potrà innanzi tutto registrare nei comportamenti dei membri del gruppo delle regolarità, ed arrivare a stabilire correlazioni fra i comportamenti e fra i comportamenti e le circostanze, a determinare probabilità di comportamenti, a fare previsioni sui comportamenti. Si pensi, per esempio, ad un marziano che, sceso in incognito sulla terra, stia ad osservare il traffico ad un incrocio dove funziona un semaforo. Dopo un po' di tempo egli perviene ad accertare una connessione fra il verde e il procedere, il rosso e l'arrestarsi del traffico, ed è in grado di formulare la previsione che con il verde il traffico procederà, con il rosso si arresterà (il nostro immaginario marziano è un tipo ideale

[1] H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., v. specialmente alle pp. 68-70, 105-8, 120-2.

di osservatore esterno che parte da zero, ma non lontana da tale tipo ideale è in realtà ogni cultura nei suoi primi incontri con una cultura diversa). Il discorso dell'osservatore esterno in questa prima fase delle sue ricerche sul gruppo sociale è un discorso descrittivo, in cui non figurano il concetto di norma né i dipendenti concetti di dovere, permesso etc. Ma la maniera in cui il nostro marziano tratta i comportamenti dei conducenti e dei passanti nel traffico è ovviamente molto povera e per un verso, benché qui idonea per la formulazione di efficaci previsioni, assai mistificante. I conducenti e i passanti hanno verso i colori del semaforo un atteggiamento che il marziano non è ancora riuscito ad afferrare: essi tengono presente una connessione tra il verde e il procedere del traffico e il rosso e l'arrestarsi del traffico differente da una mera connessione di fatto: per essi il verde è il segnale che è permesso passare, il rosso è il segnale di fermarsi, e considerano il verde e il rosso come ragioni per passare o per fermarsi in conformità alle norme che collegano a quei colori nel semaforo schemi di comportamento e ne fanno il contenuto di doveri e permessi. I conducenti e i passanti assumono cioè le norme sul traffico dov'è un semaforo e i segnali del semaforo in relazione a tali norme come guida del loro comportamento; e le regolarità nei loro comportamenti colte dal marziano derivano proprio da tale loro atteggiamento verso i segnali del semaforo e le norme sui segnali del semaforo. Allorché si sarà reso conto di ciò il marziano avrà fatto un passo molto importante nell'antropologia. È chiaro in generale che una soddisfacente indagine su un gruppo sociale richiede, quando i membri del gruppo si comportano in certi modi perché assumono certe norme a guida dei loro comportamenti, un riferimento a tale loro atteggiamento verso le norme; e ciò non soltanto per comprendere le motivazioni soggettive dei loro comportamenti, ma agli effetti di costruzioni teoriche funzionanti nella spiegazione e nella previsione. Il metodo del marziano può servire infatti entro certi limiti di fronte ad una situazione in cui le norme non cambiano: ai cambiamenti delle norme seguono invece variazioni nei comportamenti del tutto incomprensibili e imprevedibili per chi abbia soltanto regi-

strato le regolarità nei comportamenti, riguardo alle quali può invece trovare spiegazioni e far previsioni chi ha penetrato il rapporto fra i comportamenti e le norme. In una ricerca su un gruppo sociale, condotta tenendo conto degli atteggiamenti dei membri del gruppo verso le norme, entrano in gioco il concetto di norma e i dipendenti concetti di dovere, permesso etc.; ma entrano in gioco, va sottolineato, come concetti esprimenti gli atteggiamenti dei membri del gruppo, e non atteggiamenti dell'osservatore esterno. L'osservatore esterno, cioè, non afferma egli stesso l'esistenza di doveri e permessi, riconosce soltanto che dal punto di vista dei membri del gruppo ci sono doveri e permessi; non assume egli stesso le norme a guida dei comportamenti, rileva che i membri del gruppo assumono le norme a guida dei comportamenti; e tratta gli atteggiamenti dei membri del gruppo verso le norme quali dati fra gli altri dati per la sua ricerca diretta a stabilire correlazioni fra i comportamenti e fra i comportamenti e le circostanze, a determinare probabilità di comportamenti, a fare previsioni sui comportamenti. Il discorso dell'osservatore esterno rimane insomma un discorso descrittivo, ma un discorso descrittivo ora più articolato, che include la descrizione degli atteggiamenti dei membri del gruppo verso le norme e il riferimento ai concetti che esprimono tali atteggiamenti. Il punto di vista che abbiamo fin qui caratterizzato, il punto di vista dell'osservatore esterno, è il punto di vista del sociologo: osservatore esterno, s'intende, idealmente, metodologicamente, poiché nulla di certo impedisce che il sociologo sia in effetti un membro del gruppo che studia, se sappia compiere lo sforzo di mettersi dal punto di vista proprio della sua disciplina e di mantenerlo. La sociologia, la sociologia nel senso in cui ne abbiamo già parlato, la sociologia come scienza empirica (non ci si occupa qui delle attività di coloro che sotto l'etichetta della sociologia elaborano concezioni del mondo, affrontano questioni di scelte etiche e politiche sostenendo e proponendo valori, o fanno altre cose ancora) ha per atto costitutivo l'assunzione del punto di vista esterno; il che non implica affatto, come si è visto, il metodo del marziano, anche se di fatto molti sociologi sono risospinti da una ma-

lapposta preoccupazione di garantire l'empiricità delle loro ricerche (e da un purtroppo non raro semplicismo) verso la condizione del marziano appena piovuto sulla terra, attento a cogliere le regolarità del traffico senza mettere nel conto le norme regolatrici del traffico. Quanto abbiamo detto illustrando il punto di vista dell'osservatore esterno, a proposito dell'atteggiamento dei membri del gruppo che assumono le norme a guida dei comportamenti e sulla base delle norme affermano l'esistenza di doveri e permessi, ci consente ora di afferrare l'altro punto di vista nella considerazione delle norme: che è proprio il punto di vista di colui che assume le norme a guida dei comportamenti e sulla base delle norme afferma l'esistenza di doveri e permessi e qualifica i comportamenti secondo le loro relazioni con le norme. Le norme, da questo punto di vista, non sono più una rappresentazione di quegli esseri umani di cui si studiano i comportamenti, gli esseri umani oggetto della ricerca, rappresentazione da tenere in conto nella spiegazione e previsione dei comportamenti, non sono più l'oggetto di un discorso descrittivo di atteggiamenti altrui, bensì diventano una rappresentazione del soggetto dei comportamenti e del discorso e in essa fungono da guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, da fondamento di un discorso del quale, rispetto al discorso che si fa dal punto di vista esterno, è profondamente cambiata la natura. Non si tratta più di descrivere l'atteggiamento consistente nell'assumere le norme a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, ma di esprimere questo atteggiamento e di attuarlo mediante un discorso orientato alla conoscenza delle norme ed alla qualificazione dei comportamenti secondo le loro relazioni con le norme. L'esperienza, i comportamenti son visti ora attraverso una trama normativa che ad essi attribuisce valori e disvalori in funzione della loro corrispondenza o non corrispondenza alle norme stesse. A questo nuovo punto di vista, il punto di vista di chi assume le norme a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, si può dare, in contrapposto al punto di vista che abbiamo chiamato esterno, il nome di punto di vista interno. Il punto di vista del positivismo giuridico rispetto alle norme su cui verte, le norme

poste dalla volontà di esseri umani, è il punto di vista interno: il trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico involge l'assunzione del punto di vista interno. Se non si afferra ciò non è possibile risolvere in maniera soddisfacente nessuno dei problemi inerenti al positivismo giuridico [2].

Mi sembra importante osservare come nell'assunzione del punto di vista interno di fronte alle norme del diritto siano accomunate la pratica e la scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico: cosicché, se l'interpretazione politica del positivismo giuridico risulterà fondata, se proprio nell'analisi delle condizioni e delle implicazioni dell'assunzione del punto di vista interno si rivelerà la scelta politica immanente nel positivismo giuridico, e all'assunzione di questo punto di vista apparirà connessa una responsabilità politica, tale responsabilità politica sarà condivisa dalla pratica e dalla scienza. Nella pratica del diritto gli operatori, considerando le norme dal punto di vista interno come guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, si comportano in conformità alle norme, compiono gli atti che le norme prevedono attribuendovi significati e rilevanze, qualificano secondo le norme eventi e comportamenti, procedono in generale dal dover essere delle norme alla realtà del fatto: l'assunzione del punto di vista interno spiega qui i suoi effetti più pieni. Le proposizioni della scienza del diritto non si traducono, invece, immediatamente in comportamenti e fatti: ma è la scienza del diritto che fornisce alla pratica gli strumenti con-

[2] La distinzione di Hart fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme, che ho liberamente ripresa, mi sembra una formulazione assai felice di una distinzione che però non è certo nuova nella storia del pensiero giuridico. Questa distinzione, per esempio, corrisponde nella sostanza alla distinzione kelseniana fra la scienza causale e la scienza normativa. Per una vigorosa caratterizzazione del punto di vista, che Hart chiama interno, come punto di vista generalmente giuridico, è da ricordare quanto scrive Cammarata, dando a tale punto di vista il nome di punto di vista formale. Vedi in proposito H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Vienna 1960, specialmente cap. III; A. E. CAMMARATA, « Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza », in *Formalismo e sapere giuridico - Studi*, s.l. 1962, pp. 1-117, capi V e VI; « Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici" », ivi, pp. 121-44; « Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica », ivi, pp. 227-95, capi I e II. Mi astengo dall'affrontare il delicato problema del punto di vista o dei punti di vista assunti rispetto al diritto dalla storia del diritto.

cettuali che la pratica impiega; è la scienza del diritto che teorizza quella maniera di far delle norme, con l'assunzione del punto di vista interno, la guida dei comportamenti e il criterio per giudicarne, procedendo alla determinazione dei criteri per cui certe norme poste dalla volontà di esseri umani vengono identificate come norme del diritto positivo e perciò sono elevate a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne e sono attuate nella pratica; e la scienza alla pratica non procura soltanto i criteri per l'identificazione delle norme del diritto positivo, da applicare ed eseguire, ma, con le sue interpretazioni dei contenuti che il diritto positivo ha ricevuto, orienta e suggerisce in generale le operazioni di interpretazione, applicazione ed esecuzione che i pratici vanno compiendo. La pratica e la scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico procedono insomma su piani paralleli, costituiti con la comune assunzione del punto di vista interno di fronte alle norme del diritto positivo, l'una dall'identificazione delle norme giungendo fino all'applicazione ed all'esecuzione, l'altra preparando e l'identificazione e l'applicazione e l'esecuzione che saranno nella pratica realizzate. Il comune punto di vista della pratica e della scienza, il parallelismo dei loro piani si manifesta nel modo più evidente nei caratteri comuni del loro discorso, in entrambe qualificativo dei comportamenti secondo le loro relazioni con le norme identificate come norme del diritto positivo.

Il punto di vista interno, che abbiamo sopra determinato, può essere assunto e tenuto rispetto a singole norme, rispetto a pluralità di norme non collegate in modo sistematico, oppure rispetto a sistemi di norme. Uso qui l'espressione « sistema » in un significato assai ampio: un sistema di norme, nel senso in cui ne parlo, non comporta necessariamente certi rapporti logici fra i contenuti delle norme: ciò che lo caratterizza è la presenza di criteri regolativi in base ai quali si può decidere di ogni possibile norma se vi appartiene o non vi appartiene. L'atteggiamento di chi considera dal punto di vista interno un sistema di norme si fa abbastanza complicato: egli considera prima di tutto dal punto di vista interno i criteri regolativi del sistema, disciplinanti il riconoscimento o il disconoscimento di ogni possibile nor-

ma come elemento del sistema; ed è disposto a considerare dal punto di vista interno e ad assumere a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne ogni norma che soddisfi i criteri propri del sistema e vada quindi trattata secondo quei criteri come esistente nel sistema. Una norma che, considerando dal punto di vista interno un sistema di norme, risulti soddisfare i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, vada quindi trattata secondo quei criteri come esistente nel sistema e sia assunta pertanto a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, è propriamente detta valida nel sistema: o più semplicemente valida, ma sempre sottintendendo valida nel sistema di norme cui si fa riferimento.

La validità, predicata di una norma in riferimento a un sistema di norme, suppone l'assunzione rispetto al sistema di norme del punto di vista interno e significa che quella norma soddisfa i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, va quindi trattata come esistente nel sistema e deve svolgere nel sistema la sua specifica funzione. Questa è a mio avviso un'accettabile esplicazione del concetto di validità, in quanto la validità sia predicata di norme; ma occorre subito avvertire che al concetto di validità giova riconoscere un campo di impiego più vasto di quello costituito dalle norme nei sistemi di norme, e che di conseguenza, in relazione a possibili portatori della qualifica di validità diversi dalle norme, il suo significato richiede un conveniente allargamento. Sempre nell'ambito di un sistema di norme, di un sistema di norme considerato dal punto di vista interno, la qualifica di validità può esser predicata di situazioni e di eventi cui le norme colleghino un certo effetto normativo, ossia l'entrata in funzione di una certa disciplina di comportamenti: o, per valersi del termine tecnico adoperato al riguardo dai giuristi, di fattispecie. Si esprime mediante il concetto di validità che una fattispecie, essendo conforme alla previsione della norma, è tale da conseguire l'effetto normativo. Dalle norme e dalle fattispecie la qualifica di validità può poi essere ancora estesa alle attività con cui le norme e le fattispecie son poste in essere. Bisogna però stare attenti a non finire col dilatare il nostro concetto soverchia-

mente: se una norma collega all'omicidio un certo effetto normativo, la doverosità di una sanzione a carico dell'omicida, nessuno tuttavia dice che un omicidio sia valido in ordine a quell'effetto. La necessaria specificazione può essere raggiunta soltanto in una prospettiva teleologica: la qualifica di validità in riferimento ad un sistema di norme si appropria ad un ente quando, in base ad un'interpretazione teleologica del sistema, si possa ritenere che l'ente medesimo ed i suoi effetti sono oggetto nel sistema di una valutazione favorevole, le norme son volte ad ottenerli o almeno a renderli possibili; non si appropria ad un ente quando esso sia oggetto di una valutazione sfavorevole, le norme sian volte ad evitarlo e gli effetti ad esso collegati costituiscano una reazione negativa. Ecco perché, nonostante l'analogia delle strutture formali, mentre possiamo dire, in ordine per esempio al costituirsi di un'obbligazione, che un negozio giuridico è valido, non possiamo dire invece che un atto illecito è valido (una tal condizione di impiego del concetto di validità è evidentemente presente nell'ipotesi della norma valida secondo i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema)[3]. Procedendo a riformulare la definizione del concetto di validità in riferimento a un sistema di norme in maniera da coprire i casi e delle norme e delle fattispecie e delle attività che le pongono in essere concluderemo così: i possibili portatori della qualifica di validità presentano la comune caratteristica di essere rilevanti in vista di una certa regolazione di comportamenti, o stabilendola (le norme) o costituendo un presupposto della sua entrata in funzione; i possibili portatori della qualifica di validità presentano ancora la comune caratteristica di avere con i loro effetti in un'interpretazione teleologica del sistema di norme un valore positivo; e mediante il concetto di validità noi, assumendo rispetto al sistema di norme il punto di vista interno, esprimiamo che ciò di cui lo si predica è conforme ai criteri ed alle norme onde è regolato nel sistema e deve

[3] Sulle implicazioni teleologiche del concetto di validità, e in generale su questo concetto e su quello di invalidità, è fin dalle prime pagine assai illuminante G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità - Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955.

pertanto produrre il suo effetto. Questo che abbiamo ora finito di determinare, in riferimento a un sistema di norme, è però soltanto uno speciale impiego del concetto di validità, che ritroviamo infatti in altri campi di discorso, dal discorso comune a discorsi scientifici. Possiamo dire in generale che ogni qual volta si usa tale concetto c'è un'esplicita o implicita presupposizione di criteri e di norme circa il modo in cui devono essere o farsi certe cose perché producano certi effetti; c'è, in un orientamento teleologico favorevole a quelle cose ed ai loro effetti, la considerazione dei criteri e delle norme dal punto di vista interno e la loro accettazione; e si afferma per mezzo del concetto la conformità dell'ente cui è applicato ai criteri ed alle norme onde è regolato e la sua conseguente idoneità a produrre gli effetti che ne son propri. Il concetto di validità involge dunque sempre un rinvio a criteri e norme, anche se l'universo in cui criteri e norme operano non è un sistema di norme nel senso sopra chiarito. Dicendo che un ragionamento è valido presupponiamo criteri e norme sul ragionare ed esprimiamo che quel ragionamento si conforma ai criteri e norme sul ragionare e deve pertanto conseguire l'effetto suo proprio (per esempio, le conclusioni del ragionamento andranno accettate in un certo contesto e costituiranno premessa d'altri ragionamenti); l'asserzione della validità di un'opera d'arte suppone criteri e norme sul modo di far arte e di fruirne etc. Un trattamento scientifico del concetto di validità in un discorso scientifico consisterà nel precisare i possibili portatori della qualifica impartita con il concetto ed i criteri e le norme messi in gioco dalla qualifica: il che potrà facilmente indurre, allo scopo di realizzare la precisione in alto grado, a restringere l'area dei portatori della qualifica e in relazione a ciò la sfera dei criteri e delle norme che la qualifica mette in gioco [4].

Il diritto, in ogni accezione di quest'espressione, è un insieme di norme, o per lo meno è anche un insieme di norme [5]: in quanto è un insieme di norme non si riduce ad

[4] Cfr. per esempio nella teoria della logica la limitazione della qualifica di validità alla deduzione; v. in proposito P. F. STRAWSON, *Introduzione alla teoria logica* (trad. it. di A. Visalberghi), Torino 1961, passi indicati nell'indice analitico sotto « validità ».

[5] È ben noto come non tutte le concezioni del diritto, che hanno avuto

una semplice pluralità di norme, ma è, nel senso sopra chiarito, un sistema di norme. Ogni concezione del diritto, comunque orientata, involge in qualche maniera dei criteri di riconoscimento delle norme del diritto: ed anzi è proprio nella determinazione dei criteri di riconoscimento delle norme del diritto che le diverse concezioni del diritto soprattutto maturano e si scontrano. Ne segue che la categoria della validità è una categoria fondamentale del pensiero giuridico, per mezzo della quale il pensiero giuridico seleziona i propri dati. Ciò non vuol dire naturalmente che tutti i giuristi abbiano adoperato o adoperino questa parola di « validità » o che posseggano in piena consapevolezza il concetto con la capacità di formularlo: vuol dire che osservando il modo di lavorare di tutti coloro che chiamiamo giuristi si riscontrano atteggiamenti ed operazioni selettivi di norme come appartenenti o non appartenenti ad un sistema e che tali atteggiamenti e tali operazioni implicano criteri regolativi dell'appartenenza o non appartenenza delle norme al sistema, comunque poi siano espressi o manifestati i risultati delle operazioni selettive, magari soltanto nel fatto di assumere le norme selezionate a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne: si riscontrano cioè quegli atteggiamenti e quelle operazioni di cui attraverso l'analisi del concetto di validità si consegue una determinazione esplicita. Oso dire che la categoria della validità non è soltanto una delle categorie fondamentali del pensiero giuridico, ma è una delle due categorie prime alle quali può essere ridotto e sulle quali può essere costruito il discorso giuridico come discorso condotto su un sistema di norme e per la sua applicazione da un punto di vista interno; l'altra categoria prima essendo quella del dovere. La categoria della validità è la categoria dell'identificazione della disciplina giuridica dei comportamenti, attraverso l'individuazione delle norme esistenti nel sistema delle norme giuridiche e l'accertamento nelle fattispecie cui le nor-

o hanno un posto nella cultura giuridica, facciano coincidere il diritto con le norme: basterà ricordare per esempio la concezione istituzionalistica del diritto, così fortunata in Italia. Ma i difensori e seguaci delle concezioni non normativistiche del diritto riconoscono in generale che il diritto si presenta anche come norma e va considerato anche sotto questo aspetto: v. in tal senso S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze 1946, I, 1.

me subordinano un effetto normativo dell'idoneità a produrre l'effetto normativo; la categoria del dovere è la categoria basilare quanto al rapporto fra la disciplina giuridica dei comportamenti così identificata ed i comportamenti stessi [6]. Va da sé che per una ricostruzione rigorosa e coerente del discorso giuridico a partire da queste due categorie prime della validità e del dovere occorrerebbero minute e precise analisi di molti complessi e intricati rapporti fra questi concetti e tutta una rete di altri concetti a vari livelli di astrazione. Osservo, a chiosa sopra quanto ho detto a proposito della validità, come siffatte analisi possano dar luogo a difficoltà specialmente ardue a proposito dei concetti negativi della validità, a cominciare da quella sfuggente eppur importante distinzione fra l'invalidità come nullità e l'inesistenza. Ma nei problemi di queste analisi ora non occorre entrare.

Quella che ho proposto è, l'ho già detto di passaggio, un'esplicazione del concetto di validità: non una definizione lessicale, e nemmeno una definizione stipulativa, ma una definizione esplicativa nel senso chiarito al principio di questo libro. Come esplicazione essa non è né vera né falsa: spero che sia centrata ed opportuna. Mi sembra infatti che una tale esplicazione del concetto di validità presenti i due requisiti di una buona definizione esplicativa: che sia di massima fedele all'uso, rimanendone nel vivo, e che determini un concetto utile, un concetto anzi con una funzione primaria nel discorso giuridico. Il tipo di definizione esplicativa del concetto di validità che ho proposto non è, naturalmente, una mia trovata personale, restando nella linea di un'importante tradizione di filosofia e teoria generale del diritto e cercando di mettere a frutto i risultati del lavoro che in questa tradizione è stato eseguito su e con il concetto di validità: parlo della tradizione di cui è maggior esponente

[6] Circa il carattere primario del concetto di dovere rispetto al concetto di permesso ed agli altri concetti con cui si esprimono le relazioni fra i comportamenti e le norme di comportamento, e per un'analisi dei concetti di quest'ordine, mi sia consentito rinviare ai miei studi *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., cap. V, 5, e *Il permesso, il dovere e la completezza degli ordinamenti normativi (a proposito di un libro di Amedeo G. Conte)*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1963, pp. 1634-56.

Hans Kelsen. Contro Kelsen è stato però obbiettato che, per quanto il concetto di validità sia nel suo pensiero un concetto-chiave, egli non ne fornisce mai una spiegazione soddisfacente, avvalendosi per indicarne il significato di concetti oscuri come quelli di esistenza specifica e di forza vincolante delle norme giuridiche [7]. L'obbiezione, bisogna riconoscerlo, ha consistenza: la mancanza di un'analisi esauriente ed illuminante del concetto di validità costituisce in effetti una delle debolezze più gravi della teoria kelseniana del diritto. Ciò non toglie però, a mio giudizio, che la lezione kelseniana sia riguardo al nostro concetto una lezione fondamentale: soltanto che la lezione non sta nell'analisi del concetto, sta nel modo in cui Kelsen lo impiega, nel significato che gli impartisce attraverso l'uso, nella funzione che gli attribuisce facendone un cardine della sua costruzione teorica. E per arrivare, come bisogna pur proporsi di arrivare, ad un'esplicitazione di quel significato, in qual maniera dissipare l'oscurità di quell'esistenza specifica, di quella forza vincolante delle norme giuridiche? Ho cercato di mostrarlo più in alto: l'esistenza di una norma va risolta nella soddisfazione dei criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema di norme cui si fa riferimento, la forza vincolante in ciò che la norma, una volta accertata la soddisfazione dei criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, si presenta a colui, che considerando il sistema delle norme dal punto di vista interno è disposto ad assumere le norme esistenti nel sistema a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne, appunto come esistente nel sistema e da assumere quindi a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne. Oltre ad analizzare in questa direzione il concetto di validità, bisognerà anche rispetto a Kelsen, siccome io ho cercato di fare, allargarne il campo dalle norme alle fattispecie cui le norme collegano un effetto normativo: la restrizione della

[7] B. Leoni, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1960, pp. 165-79, v. alle pp. 166 e 170-2. Per la posizione di Kelsen sulla validità vedi in particolare *Reine Rechtslehre*, cit., passi indicati nell'indice analitico sotto « Geltung » e le seguenti voci composte, e *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it. di S. Cotta e G. Treves), Milano 1952, passi indicati nell'indice analitico sotto « validità ».

qualifica di validità alle norme essendo (nonostante il compenso che viene dall'impiego molto ampio del concetto di norma) un altro punto debole della posizione kelseniana sulla validità, perché in contrasto inutile con l'uso. Un contributo molto importante alla revisione della posizione kelseniana sulla validità ed al superamento delle sue difficoltà è venuto recentemente dallo studioso inglese, di cui abbiamo già parlato più volte: Herbert Hart. Gli apporti principali di Hart consistono a mio giudizio nella chiara e penetrante formulazione della distinzione fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme di condotta, che ho sopra ripreso, nell'altra distinzione fra norme che conferiscono poteri e norme che impongono doveri, alla quale fra poco avremo a fare richiamo, e nell'illuminazione vigorosa che il giudizio di validità va compreso come un giudizio interno ad un sistema, in riferimento a criteri e norme propri del sistema: tesi già alla base del discorso da me svolto fin qui e che (se ben m'appongo) si rivelerà più avanti efficace per lo scioglimento di tenaci aporie e paradossi su cui la filosofia e la teoria generale del diritto hanno avuto molto a penare [8].

La linea Kelsen-Hart non è però la sola linea nella quale sia stato affrontato il problema della validità nel diritto. Senza voler qui disegnare un panorama della dottrina quanto alla validità giuridica [9], non si può fare a meno di ricordare le impegnate e sottili analisi che al concetto di validità sono state dedicate nell'ambito della tradizione filosofico-sociologico-giuridica cosiddetta realistica, e specialmente da studiosi nord-europei. Dalla denuncia del termine « validità », in quanto privo di referenti empirici, per delitto di metafisica si è passati al tentativo di ricuperarlo definendolo appunto in maniera da dargli referenti empirici [10]. Il lavoro più avan-

[8] H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., v. specialmente alle pp. 116-7, 118-30. Insieme ad Hart merita menzione R. WOLLHEIM per le acute osservazioni sul concetto di validità in *The Nature of Law*, « Political Studies », 1954, pp. 128-41.

[9] Per un panorama dalla scuola storica del diritto a Kelsen v. R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova 1964.

[10] Un quadro delle discussioni sui concetti di diritto, diritto valido,

zato è stato compiuto al riguardo da Alf Ross [11]. Un sistema di norme (anche Ross nello stesso modo di Kelsen si occupa soltanto della validità delle norme) per Ross è valido quando è capace di fungere da schema d'interpretazione per un corrispondente insieme di azioni sociali, sì che è possibile per mezzo di questo schema comprendere l'insieme delle azioni quale coerente contesto di significati e di motivazioni ed entro certi limiti predire le azioni. La capacità dello schema di svolgere tale funzione si basa sul fatto che le norme sono effettivamente eseguite, essendo sentite come socialmente obbliganti. Torniamo all'esempio del semaforo, che abbiamo utilizzato in precedenza. Ross si è messo a guardare il traffico, ma non è un marziano che sappia cogliere soltanto connessioni regolari fra i comportamenti e fra i comportamenti e le circostanze, bensì intende che nella faccenda entrano gli atteggiamenti della gente verso le norme sul traffico e verso i colori del semaforo in relazione alle norme sul traffico: ed è ben consapevole che una buona sociologia nello stabilire le sue spiegazioni e nell'elaborare le sue previsioni deve tenere conto di simili atteggiamenti. Le norme sul traffico, per il fatto che la gente le sente come socialmente obbliganti e vi si conforma, servono invero da schema d'interpretazione dei comportamenti e pertanto secondo Ross sono valide [12]. Il diritto per Ross è anch'esso un sistema di norme; il corrispondente insieme di azioni sociali Ross lo trova, da bravo « realista », nelle decisioni dei giudici: la validità del diritto consiste in ciò, che quel sistema di norme sia capace di fungere da schema d'interpretazione quanto alle decisioni dei giudici, tale capacità fondandosi sul fatto che le sue norme

validità etc. nel realismo giuridico nord-europeo è in V. AUBERT, *Sociology of Law*, Oslo 1964, cap. I.

[11] A. ROSS, *Diritto e giustizia* (trad. it. di G. Gavazzi), Torino 1965, specialmente 1 e 2; *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in « Revista Juridica de Buenos Aires », 1961, pp. 46-91 (testo inglese e traduzione spagnola). Per un esame critico delle idee di Ross sulla validità v. H. L. A. HART, *Scandinavian Realism*, in « The Cambridge Law Journal », 1959, pp. 233-40; J. MIEDZIANAGORA, *L'idée de Validité en Droit. A propos du dernier livre d'Alf Ross*, in «Logique et Analyse », 1961, pp. 92-121; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 215-8, in nota.

[12] Ho mantenuto per linearità d'esposizione l'esempio del semaforo, prima ripreso da Hart: Ross, giocatore di scacchi, fa nel primo capitolo di *Diritto e giustizia* l'esempio di una partita a scacchi.

siano sentite dai giudici come socialmente obbliganti e siano quindi da loro eseguite. Davanti a questa analisi del concetto di validità, lasciando da parte tutta una serie di difficoltà e di contraddizioni cui Ross va incontro e nelle quali nonostante un'elevata abilità dialettica rimane impigliato, osserveremo prima di tutto che il nostro autore si tiene, nella considerazione delle norme e dei comportamenti regolati dalle norme, dal punto di vista sopra chiamato esterno, il punto di vista della sociologia: ed attribuisce la qualifica di validità a un sistema di norme quando il sistema di norme, per le ragioni che si son viste, può essere impiegato dal punto di vista esterno quale schema d'interpretazione dei comportamenti. Ora, che nella sociologia si considerino le norme e i comportamenti di un gruppo dal punto di vista esterno è cosa contro la quale non v'è certo nulla da obbiettare, l'assunzione di questo punto di vista essendo anzi come si è avuto a dire costitutiva della sociologia medesima: e nella sociologia non è certo da combattere, ma da approvare siccome misura opportunissima l'apparecchiamento di un concetto per designare le norme e i sistemi di norme che, in quanto riescono effettivamente a determinare i comportamenti dei membri del gruppo, sono per il sociologo un indispensabile strumento d'interpretazione di quei comportamenti. Senonché la possibilità di mettersi, come Ross si mette, dal punto di vista esterno non esclude la possibilità di mettersi dal punto di vista interno: o meglio, il modo articolato in cui Ross tiene e va tenuto il punto di vista esterno implica la possibilità del punto di vista interno, poiché tendendo alla comprensione, alla spiegazione ed alla previsione dei comportamenti dei membri di un gruppo introduce nel quadro appunto il modo in cui i membri del gruppo considerano le norme dal punto di vista interno. E l'atteggiamento di chi considera le norme dal punto di vista interno non si esaurisce in tutti i casi nel sentimento d'obbligazione di cui parla Ross: in parecchi casi, e certo nel caso del diritto, non c'è soltanto o magari non c'è per niente un sentimento d'obbligazione, bensì c'è, l'abbiamo già visto, qualcosa di più complicato, l'assunzione dei criteri regolativi di un sistema di norme e la disposizione ad assumere a guida dei comportamenti e

criterio per giudicarne ogni norma che soddisfi i criteri propri del sistema e vada quindi trattata secondo quei criteri come esistente nel sistema. Ciò comporta per l'accertamento dell'appartenenza delle norme al sistema procedimenti razionali, e dà luogo ad un discorso assai più complesso della manifestazione di un sentimento d'obbligazione, nel quale ha una funzione centrale il concetto esprimente il risultato delle operazioni per l'accertamento dell'appartenenza delle norme al sistema, l'esistenza delle norme nel sistema. La parola « validità » dev'essere adoperata a questo proposito, caricandola del significato nel quale, dal punto di vista interno, esprime che una norma soddisfa i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema cui si fa riferimento, e va quindi trattata secondo quei criteri come esistente nel sistema (e, con l'opportuno allargamento del significato sopra compiuto, esprime che una fattispecie cui le norme collegano, in una valutazione favorevole, un certo effetto normativo è tale da conseguirlo) oppure dev'essere adoperata nella maniera di Ross? L'uso dei giuristi è assolutamente nel primo senso; mentre per dire quanto Ross dice per mezzo di « validità » si impiegano comunemente i termini « effettività » o « efficacia » e non c'è motivo di staccarsi da quest'uso. A Ross si può dunque rimproverare prima di tutto una fallacia linguistica, una inutile e dannosa rottura con gli usi: ma la fallacia linguistica è conseguenza di una fallacia sostanziale molto più grave, il disconoscimento del carattere che acquista la considerazione delle norme dal punto di vista interno quando si ha un sistema di norme ed entrano in gioco i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, la sbrigativa riduzione della considerazione delle norme dal punto di vista interno al sentimento d'obbligazione.

Quale è lo schema, o quali sono i possibili schemi dei criteri di validità propri del diritto, propri dei sistemi di norme giuridiche? I criteri della validità giuridica, secondo il concetto che ne abbiamo stabilito, sono sempre interni ai vari sistemi, l'affermazione di un criterio di validità comporta un riferimento ad un particolare sistema di norme giuridiche: quel che può farsi in un discorso generale sul diritto, dopo aver fissato il concetto di validità, è determi-

nare lo schema o i possibili schemi cui i criteri della validità giuridica possono conformarsi [13]. Non entro nel problema, o meglio nell'insieme dei complessi problemi concernenti gli schemi dei criteri della validità delle fattispecie cui le norme collegano un effetto normativo in base alle norme stesse; e vengo senz'altro, poiché questo è il punto rilevante in ordine alla nostra discussione sul positivismo giuridico, agli schemi dei criteri di validità delle norme. Kelsen propone in materia la distinzione fra ordinamenti statici e ordinamenti dinamici: distinzione che si fonda appunto sopra i diversi schemi dei criteri di validità delle norme propri dell'una e dell'altra specie di ordinamento. Nei sistemi di norme, da Kelsen chiamati ordinamenti statici, l'appartenenza delle norme al sistema dipende dal contenuto delle norme: i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema comportano delle determinazioni di contenuto e le norme appartengono al sistema in quanto soddisfano tali determinazioni di contenuto. In questo caso, con l'elevazione a criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema di criteri di contenuto, l'insieme delle norme viene a costituire un sistema nel senso in cui io adopero qui questa parola, ed ovviamente anche nel senso che fra le norme ci sono rapporti di contenuto. Nei sistemi di norme, da Kelsen chiamati ordinamenti dinamici, l'appartenenza delle norme al sistema dipende dal modo di produzione delle norme: i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema comportano delle determinazioni attinenti al modo di produzione delle norme e le norme appartengono al sistema in quanto soddisfino tali determinazioni attinenti al modo di produzione. I criteri di validità propri degli ordinamenti dinamici non implicano alcun rapporto di contenuto fra le norme di un ordinamento: un ordinamento dinamico può dunque costituire un sistema nel senso in cui io adopero qui questa parola, senza che fra le sue norme debbano esserci rapporti di contenuto. Le due specie di criteri di validità possono combinarsi fra loro, con l'introduzione subordinata di un criterio in un sistema di norme costruito sulla base dell'altro

[13] V. al riguardo R. WOLLHEIM, *The Nature of Law*, cit.

criterio. La distinzione fra ordinamenti statici e ordinamenti dinamici è proposta da Kelsen a un livello più alto di quello di un discorso sul diritto, al livello di una teoria generale delle norme e degli ordinamenti normativi [14]. A un simile livello essa non mi sembra esaustiva dei possibili schemi dei criteri di validità delle norme nei sistemi di norme: lo schema proprio dell'ordinamento dinamico va a mio avviso ulteriormente generalizzato, e c'è almeno un terzo schema da mettere nel novero [15]. La distinzione kelseniana è però bastevole e accettabile quando sia riferita al diritto, ai sistemi di norme giuridiche. Ogni sistema di norme, cui possa darsi senza far violenza agli usi linguistici il nome di diritto, è riconducibile alla specie dell'ordinamento statico o a quella dell'ordinamento dinamico, si basa su un criterio di validità relativo al contenuto delle norme, secondo lo schema proprio dell'ordinamento statico, o su un criterio di validità relativo al modo di produzione delle norme, secondo lo schema proprio dell'ordinamento dinamico. Ci si riferisce ad un ordinamento statico, costruito su un criterio di validità relativo al contenuto delle norme (eventualmente con l'introduzione in funzione subordinata dell'altro criterio, e quindi di una parziale dinamicità del sistema, ma sempre entro la struttura determinata dal criterio fondamentale) quando la parola « diritto » è accompagnata dalla specificazione di naturale; ci si riferisce ad un ordinamento dinamico, costruito su un criterio di validità relativo al modo di produzione delle norme (eventualmente con l'introduzione in funzione subordinata dell'altro criterio, e quindi di una parziale staticità del sistema, ma sempre entro la struttura determinata dal criterio fondamentale) quando la parola « diritto » è accompagnata dalla specificazione di positivo. E si può caratterizzare il giusnaturalismo come concezione del diritto quale ordinamento statico, basato su un criterio di validità relativo al contenuto delle norme, e si può indicare nel positivismo giuridico una concezione del diritto quale ordina-

[14] V. al riguardo e per quanto precede H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 198 ss.; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 111 ss.

[15] V. al riguardo U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano 1962, p. 70 ss.

mento dinamico, basato su un criterio di validità relativo al modo di produzione delle norme [16].

C'è però, nel diritto positivo e nel positivismo giuridico, qualche ulteriore complicazione. Il criterio di validità, che fa dipendere la validità delle norme dal modo in cui sono prodotte, si trova generalmente sancito nel diritto positivo medesimo, dove viene specificato attraverso una serie di norme regolative dei modi di produzione di altre norme. Il diritto positivo non comprende infatti una sola specie di norme, alla quale tutte le norme possano essere ridotte, le norme che impongono doveri di comportamento, bensì ne comprende un'altra specie principale, le norme determinative delle condizioni di validità, e prima di tutto le norme determinative delle condizioni di validità di altre norme attraverso la regolazione dei modi di produzione [17]. Ne segue che per

[16] V. al riguardo N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, cap. II; *Il positivismo giuridico - Lezioni etc.*, cit., parte II, capo I. Il giusnaturalismo ed il positivismo giuridico non esauriscono naturalmente le concezioni del diritto che sono state e sono presenti e vive nella cultura giuridica. Sempre facendo perno sulla validità giuridica, Bobbio aggiunge nelle opere su citate una caratterizzazione del realismo giuridico come la concezione del diritto che riduce la validità all'efficacia. Io credo che negli orientamenti, cui ci si riferisce con l'espressione « realismo giuridico » ci siano in proposito due tendenze, spesso confuse: la tendenza a ridurre la validità all'efficacia nel senso di identificare il concetto di validità con il concetto di efficacia (come abbiamo visto in Ross) e la tendenza a ridurre la validità all'efficacia nel senso di prendere l'efficacia (soprattutto nelle decisioni giudiziarie) quale criterio della validità. L'identificazione della validità e dell'efficacia involge l'assunzione del punto di vista esterno: il realismo giuridico diventa così una sociologia giuridica e si pone su un piano diverso da quello del giusnaturalismo e del positivismo giuridico, che comportano il punto di vista interno. Prendendo l'efficacia quale criterio della validità il realismo giuridico mantiene il punto di vista interno e si distingue dal giusnaturalismo perché concepisce il diritto come diritto positivo e dal positivismo giuridico perché fa centro sulle decisioni giudiziarie. Rimane spesso oscuro se ci siano dei criteri della validità giuridica per i giudici e quali siano.

[17] Sarebbe possibile effettuare, in una linea segnata da Kelsen, un'artificiosa riduzione delle norme determinative delle condizioni di validità alle norme che impongono doveri di comportamento configurando le norme determinative delle condizioni di validità come norme che impongono il dovere di comportarsi nel modo stabilito attraverso norme e in conseguenza di fattispecie rispondenti alle condizioni di validità previste: ma v. in proposito le considerazioni di Hart in *Il concetto di diritto*, cit., p. 44 ss. Si deve ad Hart, come ho già accennato, una formulazione chiara e penetrante della distinzione, certo non nuova, tra norme che conferiscono poteri e norme che impongono doveri, con un approfondito esame delle due specie: v. ancora *Il concetto di diritto*, specialmente alle pp. 33-60, 96-8. La mia distinzione tra norme determinative delle condizioni di validità e norme che impongono doveri corrisponde a quella di Hart, ma con un allargamento della prima specie che mi sembra opportuno, non essendo detto che le condizioni di

stabilire il criterio di validità di un sistema di diritto positivo e le sue specificazioni bisogna partire dal diritto positivo, dalle norme del sistema di diritto positivo che regolandone i modi di produzione determinano le condizioni della validità di altre norme: una norma è valida nel sistema in quanto prodotta nel modo determinato da una norma già appartenente al sistema (e, ove nel sistema operi subordinatamente il criterio di validità relativo al contenuto delle norme e richieste positive o negative di contenuto riguardino questa norma, in quanto la norma soddisfi anche tali richieste). E la norma determinativa delle condizioni di validità, cui abbiamo ora fatto riferimento, a quali condizioni è valida? Si potrà ripetere per essa analoga risposta; ma risalendo di norma in norma si arriverà a un certo punto ad una norma o ad un insieme di norme prodotte in modo non regolato da alcuna norma già appartenente al sistema. Queste norme sono valide? a quali condizioni sono valide? come, donde sono determinate le condizioni della loro validità? e, poiché da queste norme dipende direttamente o indirettamente la determinazione delle condizioni di validità di tutte le norme del sistema, quale è il primo aggancio per la catena delle determinazioni delle condizioni di validità, il fondamento primo della serie dei giudizi di validità che possono farsi nel sistema?

È ben nota la soluzione data a questo problema da Kelsen, proponendo una tesi che costituisce da tempo uno dei punti nodali della filosofia e della teoria generale del diritto: per poter considerare valide le prime norme di un sistema di diritto positivo, e in dipendenza da esse tutte le norme del sistema, bisogna presupporre una norma attributiva della validità a quelle prime norme, determinazione iniziale delle condizioni di validità delle norme del sistema, base del primo giudizio di validità, la norma fondamentale; e bisogna presupporre che la norma fondamentale sia valida. Una norma fondamentale valida è la condizione logica per poter affermare la validità delle norme di un sistema di di-

validità consistano sempre nell'esercizio di poteri (una discussione su questo punto richiederebbe una delicata analisi del concetto di potere, in cui qui non voglio addentrarmi).

ritto positivo: enunciando la norma fondamentale altro non si fa che trarre in luce quanto implicitamente presuppone chiunque tratta le norme di un sistema di diritto positivo come valide [18]. Contro la teoria kelseniana della norma fondamentale sono state avanzate obbiezioni che sembrano colpir duro: la norma fondamentale comporta una duplice contraddizione, poiché si costruisce un sistema in cui tutte le norme devono esser positive e vi si immette, a sostegno dell'intera struttura, una norma che positiva non è, si costruisce un sistema in cui ogni norma va riconosciuta come valida attraverso un giudizio di validità sulla base di una norma già appartenente al sistema, e vi si immette, a sostegno dell'intera struttura, una norma da prendere come valida al di fuori di un giudizio di validità della stessa natura [19]. Si può rilevare un'analogia molto interessante tra queste difficoltà e questi paradossi inerenti alla norma fondamentale e le difficoltà e i paradossi cui dà luogo il principio fondamentale di un altro sistema di proposizioni, il sistema di proposizioni di una scienza empirica: dico il principio di verificazione. Il principio di verificazione stabilisce che le proposizioni di una scienza empirica devono avere un carattere fattuale e vanno verificate sui dati dell'esperienza, e che si devono espungere dal discorso della scienza le proposizioni non fattuali e le proposizioni che non siano verificate dai dati dell'esperienza: ma fuor di dubbio la proposizione esprimente il principio di verificazione non è una proposizione fattuale e non può essere verificata sui dati dell'esperienza. C'è invero qualcosa di profondamente sconcertante in queste determinazioni dei criteri di appartenenza delle proposizioni a sistemi di proposizioni, fatte mediante proposizioni che secondo i criteri da esse stesse determinati andrebbero espunte da tali sistemi.

[18] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 196 ss.; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 111 ss.

[19] Per uno sfruttamento particolarmente abile, contro la teoria kelseniana della norma fondamentale, delle contraddizioni che la norma fondamentale involgerebbe v. R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano 1950, p. 38 ss.; « Diritto positivo e diritto internazionale », in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, Milano 1957, pp. 1-64, 6. Cfr. anche gli autori citati e discussi in H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 206 ss.

Abbandonare il principio di verificazione? abbandonare la norma fondamentale? Davanti ai paradossi non si deve fuggire: bisogna prima di tutto spiegarli e bisogna risolverli analizzando ed eventualmente modificando il linguaggio in maniera da arrivare a dire le stesse cose senza paradosso: e poi si vedrà se quelle cose siano da mantenere o da lasciar cadere. Riguardo al principio di verificazione i paradossi sono stati spiegati e risolti mettendo in chiaro che la loro origine sta nel riferire la proposizione esprimente il principio di verificazione anche a sé medesima, mentre tale proposizione è una proposizione a livello metalinguistico circa le proposizioni del sistema della scienza, e quanto essa dice delle proposizioni che ne sono oggetto non concerne il suo livello, non si applica ad essa stessa. Il principio di verificazione, operando a livello metalinguistico come criterio selettivo delle proposizioni ammesse e non ammesse nel sistema della scienza, non è tenuto a presentare le caratteristiche richieste alle proposizioni cui si riferisce, più che una regola sulle caratteristiche delle automobili ammesse a circolare debba presentare le caratteristiche di un'automobile [20]. I paradossi della norma fondamentale possono essere spiegati e risolti nella stessa maniera: la fonte dei paradossi sta nel riferire la proposizione esprimente la norma fondamentale a sé medesima, mentre tale proposizione è una proposizione a livello metalinguistico circa le proposizioni del sistema delle norme, e quanto essa dice delle proposizioni che ne sono oggetto non concerne il suo livello, non si applica ad essa stessa. Attribuendo la validità alle prime norme del sistema e indirettamente alle norme che risultino valide procedendo da quelle prime norme attraverso la catena delle determinazioni positive delle condizioni di validità, e negando la validità alle norme che non soddisfano le condizioni di validità così determinate, la norma fondamentale opera a livello metalinguistico come criterio selettivo delle proposizioni ammesse e non ammesse nel sistema delle norme e non è per nulla tenuta a presentare le caratteristiche richieste alle proposi-

[20] Sul principio di verificazione, le difficoltà che suscita e la sua natura e funzione v. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., cap. II, 2, e gli autori ivi citati.

zioni cui si riferisce. Kelsen, però, bisogna riconoscerlo, ha adottato una terminologia tale da provocare i paradossi e le difficoltà: dando alla proposizione di cui si tratta lo stesso nome di norma dato alle proposizioni del sistema egli nasconde la differenza di livello fra queste proposizioni e ci spinge a metterle tutte assieme, ci spinge quindi a pensare che la norma fondamentale dovrebbe avere le stesse caratteristiche delle altre norme, essere anch'essa una norma positiva; e predicando anche della norma fondamentale la qualifica di validità ci spinge a pensare che dovrebbe risultare valida in base ad un giudizio di validità nello stesso modo delle altre norme; sì che sembra contraddittorio che la norma fondamentale né sia positiva né risulti valida in base ad un giudizio di validità nello stesso modo delle altre norme. Le cose diventerebbero più chiare se invece di norma fondamentale dicessimo, come si dice principio di verificazione, principio fondamentale, sottolineando con la diversità dei termini che il principio fondamentale non va abbassato al livello delle norme del sistema e con il termine « principio » che esso ha funzione costitutiva del sistema. E giova alla chiarezza ordinare il nostro linguaggio in coerenza con la tesi, sopra affermata seguendo Hart, che il giudizio di validità dev'essere compreso come un giudizio interno ad un sistema, in riferimento a criteri e norme propri del sistema: se il concetto di validità, applicato ad una norma, serve ad esprimere, in riferimento ad un sistema di norme considerato dal punto di vista interno, che quella norma soddisfa i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, va quindi trattata come esistente nel sistema e deve svolgere nel sistema la sua specifica funzione, predicare la validità del principio costitutivo del sistema, istitutivo dei criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema, non ha senso: ogni giudizio di validità, ogni impiego del concetto di validità suppongono il principio fondamentale del sistema e non possono pertanto riguardare esso principio fondamentale.

Trattare le norme di un sistema di diritto positivo come valide implica il presupporre il principio fondamentale determinativo delle condizioni di validità delle norme del si-

stema: l'enunciazione del principio fondamentale del sistema non è che l'esplicitazione della condizione logica di ogni giudizio di validità nel sistema. Ma quando la condizione logica, il presupposto sono stati resi espliciti, quando si è diventati consapevoli che il primo aggancio per la catena delle determinazioni delle condizioni di validità delle norme del sistema si trova nel principio fondamentale che attribuisce validità alle prime norme del sistema, si pone la domanda: perché accettare questo principio fondamentale, piuttosto che un diverso principio fondamentale costitutivo di un diverso sistema, o nessun principio fondamentale e nessun sistema? Domanda perfettamente lecita, e anzi necessaria per chi non si contenti di operare nel sistema come una macchina calcolatrice ignara delle ragioni del proprio operare: purché sia chiaro che con tale domanda siamo ormai fuori del sistema, che la risposta potrà essere data soltanto fuori del sistema, in un discorso metasistematico. In questo discorso potrebbe ritornare, e nel suo significato proprio, a qualificare il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo, il concetto di validità: validità, s'intende, non rispetto al sistema di diritto positivo fondato dal principio, bensì in un sistema superiore del quale il principio fondamentale del sistema di diritto positivo sia un elemento. Potremmo chiederci, per esempio, se il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo sia valido secondo i criteri propri di un certo sistema di norme morali. Ma per evitare confusioni tra un problema di validità del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo rispetto al sistema di diritto positivo, problema che come si è visto sarebbe mal posto e non suscettibile di soluzione positiva o negativa, e un problema di validità del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo secondo i criteri di un sistema superiore, che potrebbe essere problema sensato e risolvibile, è meglio per il filosofo e teorico del diritto restringere l'uso del concetto di validità all'interno del sistema di diritto positivo ed impiegare, trattando della fondazione metasistematica del principio fondamentale del sistema, un termine diverso. La tradizione ci offre il termine di « legittimità »: la funzione di un titolo di legittimità rispetto ad un sistema di diritto positivo è ap

punto quella di giustificare l'assunzione a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne delle norme di quel sistema, delle norme riconosciute come appartenenti al sistema in quanto soddisfano le condizioni di validità interne al sistema, ossia di giustificare l'accettazione del principio fondamentale del sistema [21].

Il positivismo giuridico non è soltanto la determinazione di un criterio di validità per il diritto, il criterio relativo al modo di produzione delle norme, la posizione giuspositivistica davanti a un sistema di diritto positivo non si esaurisce nell'accettazione del principio fondamentale onde dipende la possibilità di giudizi di validità nel sistema: alla determinazione del criterio di validità si accompagna, in una o in un'altra forma, una legittimazione del diritto positivo, che ci giustifica quando accettiamo il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo: e per questo appunto il positivismo giuridico non si riduce ad una metodologia giuridica, ma è una concezione integrale del diritto, costituisce una vera e propria filosofia del diritto. Sarebbe molto interessante seguire nelle sue varietà, nei diversi svolgimenti, nelle molteplici sfumature la legittimazione del diritto positivo in quel complesso di posizioni e di atteggiamenti cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico; sarebbe molto interessante, per esempio, un'analisi ravvicinata dell'impiego fatto nel positivismo giuridico a legittimazione del diritto positivo del concetto, derivato da una grande tradizione filosofico-politica, di sovranità. Nelle versioni più recenti e più raffinate del positivismo giuridico, però, il concetto di sovranità ha perso la centrale importanza che già aveva nella legittimazione del diritto positivo; del concetto di sovranità si fa nella teoria dell'ordinamento giuridico un

[21] Sul concetto di legittimità v. N. Bobbio, « Sul principio di legittimità », in *Studi in memoria di Antonio Falchi*, Milano 1964, pp. 51-61; A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato - Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino 1962, parte II, cap. X; *Legality and Legitimacy*, in « The Review of Metaphysics », 1963, pp. 687-702. d'Entrèves ha dedicato un impegnato e approfondito lavoro a far rinascere nella cultura filosofico-giuridica e filosofico-politica di oggi la coscienza del problema della legittimità: si vedano, oltre le due opere già citate, *La dottrina del diritto naturale*, 2ª ed., Milano 1962; « Due domande intorno al diritto », ora in appendice al precedente, pp. 171-88; *Obeying Whom*, in « Political Studies », 1965, pp. 1-14.

uso tecnico per esprimere che un sistema di norme giuridiche non va considerato quale parte di un maggior sistema di norme giuridiche, da cui riceva la determinazione delle condizioni di validità delle sue norme, bensì è un sistema primario, direttamente poggiante sul principio fondamentale; ed il posto del concetto di sovranità nella legittimazione del diritto positivo è stato preso dal cosiddetto principio di effettività. Poiché lo scopo di questo lavoro non è storico, ma critico e costruttivo, mi conviene prendere in esame la legittimazione del diritto positivo nel positivismo giuridico in questa sua forma più matura ed aggiornata. Il principio di effettività, fissato per la prima volta in modo netto da Kelsen [22], comporta che siano riconosciute come valide, quando soddisfino le condizioni di validità interne al sistema, le norme di un sistema di diritto positivo che nel suo insieme sia efficace o, come suol dirsi rispetto ad un intero sistema di norme, ad un ordinamento, effettivo: l'effettività dell'intero sistema costituendo dunque la ragione per attenersi al principio fondamentale determinativo delle condizioni di validità delle norme del sistema (va avvertito che l'effettività può essere rilevante anche all'interno di un sistema di diritto positivo, in quanto l'effettività di un ordinamento parziale sia prevista dall'ordinamento superiore come condizione di validità delle sue prime norme; ma a noi ora interessa il principio di effettività nella funzione metasistematica di legittimazione del diritto positivo). Mentre il concetto di sovranità era carico di risonanze politiche, il principio di effettività si presenta invece in un aspetto neutralmente scientifico: un ordinamento effettivo è una realtà di fatto, è un dato oggettivo indipendente dalle preferenze politiche, che solamente è questione di accertare attraverso le opportune osservazioni. Constatando l'effettività di un sistema di norme noi prendiamo coscienza di un fatto, un fatto sociale; attenendoci al principio fondamentale del sistema di norme

[22] V. al riguardo P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p. 40; e v. tale opera in generale, nonché la voce, sempre di Piovani, « Effettività (principio di) », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano 1965, pp. 420-31, per la storia ed una approfondita discussione del principio. Per Kelsen v. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 212 ss.; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 118 ss.

effettivo e considerando valide le norme che soddisfano le condizioni di validità determinate dal principio fondamentale noi, restando pur sempre su un piano di conoscenza oggettiva, penetriamo nelle articolazioni del fatto sociale, ne riconosciamo la struttura.

Ma altro è constatare che un sistema di norme è effettivo in un gruppo sociale, che i membri del gruppo trattano effettivamente come valide le norme che soddisfano le condizioni di validità determinate dal principio fondamentale del sistema e vi si conformano, altro è assumere in proprio le norme del sistema a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne. Lasciando da parte le difficoltà (a mio avviso superabili) che il concetto di effettività si porta dietro, la difficoltà specialmente di stabilirne il significato delineando confini non troppo incerti tra l'effettività e l'ineffettività, veniamo subito al cuore del problema della legittimazione del diritto positivo attraverso il principio di effettività, i rapporti tra l'effettività di un sistema di diritto positivo e il principio fondamentale determinativo delle condizioni di validità delle norme entro il sistema. Manifesta qui tutta la sua importanza la distinzione tra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme di condotta. Dal punto di vista esterno, il punto di vista sociologico, ogni atto normativo, che riesca o no al suo scopo, ogni norma comunque posta o rappresentata, efficace o non efficace, sono fatti tra i fatti, da tenere presenti come tutti i fatti nelle spiegazioni e nelle previsioni cui il sociologo attende; ma certo quando si vuol comprendere in una visione d'insieme la struttura e la dinamica di un gruppo sociale bisogna avere riguardo alle norme che nel gruppo sono efficaci, che influenzano realmente i comportamenti dei membri del gruppo. E se i membri del gruppo assumono a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne non singole norme sconnesse, ma un sistema di norme, mettendo in opera per l'identificazione delle norme del sistema dei criteri di validità, ed il sistema costituito da quei criteri di validità è effettivo, tali criteri di validità sono per il sociologo un elemento del quadro dei fatti cui dedica le proprie indagini. E se, ancora, quei criteri di validità hanno una comune con-

dizione logica, implicano un comune presupposto, il principio fondamentale del sistema, l'esplicitazione della condizione logica, del presupposto, del principio fondamentale attiene alla determinazione e conoscenza dei fatti. Quando si dà un sistema di diritto positivo effettivo è un fatto che i membri del gruppo in cui il sistema è effettivo, o una larga parte di loro, identificano come valide le norme del sistema soddisfacenti le condizioni di validità determinate da norme già appartenenti al sistema, e queste norme a loro volta in quanto soddisfano le condizioni di validità determinate da norme già appartenenti al sistema, su su fino alle prime norme, e tengono per valide le prime norme del sistema, mostrando così di concordare nel principio fondamentale del sistema che conferisce validità alle prime norme ed alle norme da esse dipendenti. Nella formulazione dei criteri di validità di un sistema di diritto positivo, effettivo in un gruppo sociale, nell'enunciazione del principio fondamentale del sistema, dal punto di vista esterno, è sempre, se non dichiarato, sottinteso che si tratta di una descrizione di fatti: (i membri del gruppo, o una larga parte di loro, mettono in opera) questi criteri di validità delle norme nel sistema, (i membri del gruppo, o una larga parte di loro, concordano in) questo principio fondamentale del sistema. L'asserzione dell'effettività di un sistema di diritto positivo, la formulazione dei criteri di validità delle norme nel sistema, l'enunciazione del principio fondamentale del sistema, in un discorso svolto dal punto di vista esterno, son dunque tutte proposizioni fattuali, dove quelle concernenti i criteri di validità e il principio fondamentale del sistema integrano quella relativa alla sua effettività, dicendo come è costruito il sistema che è effettivo. Passiamo ora al punto di vista interno, il punto di vista di chi assume egli stesso a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne le norme di un sistema, ossia le norme che soddisfano i criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema: e vediamo come si prospetta da questo punto di vista il principio fondamentale del sistema. Qui non si tratta più di cogliere e descrivere il fatto che i membri di un gruppo, o una larga parte di loro, concordano nel principio fondamentale di un sistema, bensì di sottomettersi al

principio fondamentale, di conformarvi le proprie operazioni nel sistema, di conformare i propri comportamenti e i propri giudizi alle norme che ne sono fondate. L'enunciazione del principio fondamentale, dal punto di vista interno, non attiene alla descrizione del fatto di un sistema di diritto positivo, effettivo in un gruppo, ma è una proposizione regolativa, ha una funzione normativa circa il modo di identificare le norme del sistema poggiante su tale principio. A colui che considera un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno il principio fondamentale si rivolge così: tu devi tenere per valide queste e solo queste prime norme del sistema e le norme che risulteranno valide alle condizioni da tali norme direttamente o indirettamente determinate. Con il principio fondamentale, considerato dal punto di vista interno, siamo sul piano del discorso normativo: un discorso normativo a livello metalinguistico, concernente le norme del sistema che attraverso la proposizione regolativa esprimente il principio fondamentale viene costituito. L'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo non ha invece alcun senso normativo, ci riporta sul piano del discorso fattuale: una simile affermazione è legata indissolubilmente al punto di vista esterno, non può essere stabilita altrimenti che nel discorso fattuale della sociologia. Dicendo che un sistema di diritto positivo è effettivo in un gruppo sociale non si prescrive nulla, si descrivono con l'approccio conoscitivo del sociologo gli atteggiamenti dei membri del gruppo, o di una larga parte di loro, verso le norme, verso i criteri di validità, verso il principio fondamentale del sistema, si registra il conformarsi dei comportamenti alle norme del sistema. Ma se l'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo è legata al punto di vista esterno e sta sul piano del discorso fattuale, mentre il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo considerato dal punto di vista interno sta sul piano del discorso normativo, allora tra l'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale del sistema c'è un salto, una frattura. La proposizione fattuale affermante l'effettività di un sistema di diritto positivo non implica la proposizione rego-

lativa esprimente il principio fondamentale del sistema, e considerando dal punto di vista interno il principio fondamentale si rimane, pur avendo riconosciuto l'effettività del sistema, logicamente liberi di accettarlo o non accettarlo. È questa una semplice applicazione della « legge di Hume », della tesi generale che tra il discorso fattuale e il discorso normativo c'è un salto logico, che non è possibile fondare logicamente una proposizione normativa se non disponendo di una proposizione normativa nelle premesse. La legge di Hume è largamente accettata nella filosofia contemporanea, ma non da tutti; io dovrò nondimeno, per non finire troppo lontano, presupporla come un dato acquisito [23]. Vorrei però sottolineare la corrispondenza della tesi logica alla situazione pragmatica in cui ciascuno si trova innanzi ad un sistema di diritto positivo effettivo: constatata l'effettività del sistema, c'è la possibilità di aderirvi e, attenendosi al suo principio fondamentale, operare all'interno di esso trattando come valide le norme che soddisfano le condizioni di validità determinate direttamente o indirettamente dalle prime norme del sistema, a loro volta valide in base al principio fondamentale; c'è però anche la possibilità di negare che quel sistema effettivo sia legittimo, rifiutarne il principio fondamentale e rifiutare quindi di trattare come valide le norme del sistema. Le esperienze politiche e belliche di questo secolo ci offrono parecchi esempi di uomini e di gruppi che, per fedeltà a un ordinamento divenuto ineffettivo, ma da loro ritenuto legittimo, o per altri motivi morali e politici, negano la legittimità del sistema effettivo che si è stabilito nel loro paese e non si piegano ad entrare in quella sua logica interna ove le sue norme sarebbero da riconoscere come valide. Prendendo l'esempio per noi italiani più lampante e mordente, l'ordinamento della Repubblica Sociale Italiana era fuor di dubbio un sistema di diritto positivo ed aveva, nonostante la resistenza, una sua dura effettività: ma l'uomo libero negava a quel sistema ogni legittimità e si ribellava al suo principio fondamentale ed alla sua logica interna e non ne trattava le norme come valide.

[23] V. al riguardo R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford 1952, 1, 2, 3; U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, cit., p. 74 ss.

La discussione che precede sulla validità, sugli schemi di validità dei sistemi di norme cui si dà il nome di diritto, sul fondamento primo dei giudizi di validità in un sistema di diritto positivo, sul principio fondamentale e sui suoi rapporti con l'effettività del sistema ha fatto perno sulla distinzione tra il punto di vista interno e il punto di vista esterno nella considerazione delle norme e dei sistemi di norme, distinzione come si disse preesistente ad Hart, ma da Hart formulata in maniera particolarmente felice ed acutamente messa a frutto. Ora bisogna, però, svolgere alcune osservazioni critiche sulle connessioni che Hart stabilisce tra le qualificazioni di validità fatte in un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno, sulla base del principio fondamentale del sistema, e l'effettività del sistema stesso, la cui affermazione è legata al punto di vista esterno. Hart vede bene come i giudizi di validità all'interno di un sistema di norme non involgano l'effettività del sistema, non abbiano per logico presupposto l'affermazione che il sistema è effettivo: e illustra con esempi la possibilità di giudizi di validità all'interno di un sistema di norme non effettivo e la possibilità di rifiutar d'attenersi ai criteri di validità di un sistema di norme effettivo. L'effettività di un ordinamento giuridico, dice peraltro Hart, costituisce il normale contesto, lo sfondo normale delle affermazioni interne sulla validità delle norme dell'ordinamento. Nel caso di un ordinamento che non fosse mai divenuto effettivo o di un ordinamento che da effettivo fosse divenuto ineffettivo affermare dal punto di vista interno la validità delle norme dell'ordinamento sarebbe inutile, sarebbe un gioco futile. Chi fa un'affermazione interna sulla validità di una norma in un ordinamento giuridico presuppone la verità dell'affermazione esterna relativa al fatto che l'ordinamento è effettivo: quando una persona asserisce seriamente la validità di una norma giuridica mette in opera una norma di riconoscimento (un principio fondamentale) per l'individuazione del diritto, ed è un dato di fatto che tale norma di riconoscimento (tale principio fondamentale) non solo è accettata da quella persona, ma è la norma di riconoscimento (il principio fondamentale) realmente accettata ed impiegata nel generale funzionamento

dell'ordinamento [24]. Questo modo di connettere i giudizi di validità all'interno di un ordinamento e l'effettività dell'ordinamento ha incontrato l'approvazione del traduttore italiano del libro in cui è proposto, Cattaneo: la norma di riconoscimento, dice Cattaneo, è in Hart la cerniera che salda il punto di vista esterno e il punto di vista interno, ha nella effettività del sistema un'esistenza di fatto, oggetto di un giudizio di tipo esterno, mentre d'altra parte, essendo accettata come criterio della validità delle norme dell'ordinamento, costituisce la fonte del punto di vista interno; e grazie a tale collegamento fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno Hart evita sia le esagerazioni del realismo giuridico che ignora il punto di vista interno, sia le esagerazioni del normativismo che ignora il punto di vista esterno [25]. Lo sforzo di Hart per trovare la via sicura fra Scilla e Cariddi, fra il realismo esagerato e l'esagerato normativismo, componendo in armonia l'effettività e la validità, è certo apprezzabile: ma il successo è soltanto apparente, l'apparenza del successo venendo dall'ambiguità onde il suo pensiero in questo luogo è rimasto viziato. Bisogna distinguere i possibili sensi della proposizione che chi fa un'affermazione interna sulla validità di una norma in un ordinamento giuridico presuppone la verità dell'affermazione esterna relativa al fatto che l'ordinamento è effettivo. Primo senso: la proposizione concerne i rapporti logici tra l'affermazione che una norma è valida in un ordinamento giuridico e l'affermazione che l'ordinamento è effettivo, l'una presupponendo logicamente l'altra e potendo esser mantenuta solo se l'altra sia vera; talché chi afferma che una norma è valida in un ordinamento giuridico involge che l'ordinamento è effettivo. Abbiamo visto sopra come, in applicazione della legge di Hume, una simile relazione logica non vada ammessa: l'affermazione della validità di una norma presuppone logicamente il principio fondamentale del sistema in cui l'affermazione vien fatta, ma il principio fondamentale è logicamente indipendente dall'affermazione dell'effettività del sistema. Sulla sostanza di

[24] H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., cap. VI.
[25] H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., Introduzione di M. A. Cattaneo, pp. XV-XVI.

questa tesi Hart è d'accordo. Secondo senso: la proposizione concerne i rapporti di fatto tra l'affermazione che una norma è valida in un ordinamento giuridico e l'affermazione che l'ordinamento è effettivo: chi afferma la validità di una norma in un ordinamento giuridico afferma anche, o sarebbe pronto ad affermare se interrogato, l'effettività dell'ordinamento; e la conoscenza dell'effettività dell'ordinamento ha un importante ruolo nella motivazione dell'atteggiamento del considerare l'ordinamento dal punto di vista interno e stabilire in base ai suoi interni criteri di validità la validità delle sue norme. Si ritrae da varie frasi l'impressione che Hart, quando si riferisce all'effettività di un ordinamento giuridico quale presupposto delle affermazioni interne sulla validità delle norme dell'ordinamento, abbia in mente questa relazione di fatto. Ora può ben essere vero che in quanti affermano la validità delle norme di un ordinamento giuridico ciò si accompagni alla conoscenza dell'effettività dell'ordinamento, e che la conoscenza dell'effettività dell'ordinamento abbia un importante ruolo nella motivazione dell'atteggiamento che si manifesta in quelle affermazioni; se non è vero sempre, è vero nella maggior parte dei casi; occorre però rilevare come l'asserzione di tale relazione di fatto sia un'asserzione fattuale legata al punto di vista esterno. La specificazione della relazione di fatto tra la conoscenza dell'effettività di un ordinamento giuridico e l'atteggiamento del considerare l'ordinamento dal punto di vista interno e stabilire in base ai suoi interni criteri di validità la validità delle sue norme rientra nella descrizione fattuale dell'effettività dell'ordinamento e dei modi in cui si attua: e dalla descrizione fattuale dell'effettività dell'ordinamento, ivi compresa l'indicazione di quella particolare relazione, all'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale del sistema rimane il salto logico: il constatare l'effettività dell'ordinamento e quella particolare relazione di fatto non ci libera dalla domanda, perché accettare il principio fondamentale di tale ordinamento effettivo? Terzo senso: la proposizione esprime un giudizio di valore, manifesta una presa di posizione rispetto ai rapporti tra l'effettività di un ordinamento giuridico e il suo principio fondamentale: quando

un ordinamento giuridico è effettivo se ne deve accettare il principio fondamentale e si devono trattare come valide le norme che soddisfano le condizioni di validità determinate direttamente o indirettamente dalle prime norme del sistema, a loro volta valide in base al principio fondamentale. Un giudizio di valore, una presa di posizione sono indubbiamente quelli che affiorano nelle pagine di Hart, quando dice che sarebbe inutile, sarebbe un gioco futile vagliare ed affermare la validità delle norme in un ordinamento non effettivo, che affermare « seriamente » la validità di una norma in un ordinamento comporta il mettere in gioco la norma di riconoscimento realmente accettata ed impiegata nel generale funzionamento dell'ordinamento effettivo.

Siamo arrivati a questo punto, io credo, a portare in luce e cogliere la possibile connessione tra l'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione dal punto di vista interno, a fondare gli interni giudizi di validità, del principio fondamentale del sistema stesso. L'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo è legata al punto di vista esterno; al punto di vista esterno sono legate le articolazioni della descrizione fattuale del sistema effettivo, la determinazione dei criteri di validità e del principio fondamentale cui si attengono i membri del gruppo in cui il sistema è effettivo, l'accertamento della relazione di fatto, presso i membri del gruppo, tra la conoscenza dell'effettività del sistema e l'atteggiamento del considerare il sistema dal punto di vista interno accettandone il principio fondamentale; e tra le proposizioni fattuali stabilite su questo piano e la proposizione regolativa esprimente il principio fondamentale del sistema considerato dal punto di vista interno c'è logicamente una frattura. La frattura è colmata se la connessione tra l'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione dal punto di vista interno del suo principio fondamentale viene istituita mediante un giudizio di valore. L'effettività già raggiunta da un sistema di diritto positivo è certo un'ottima ragione pratica adducibile in un giudizio di valore diretto a sostenere l'accettazione del principio fondamentale del sistema. La determinazione delle condizioni di validità delle norme e delle fattispecie e i giudizi di validità all'in-

terno di un sistema effettivo hanno per lo meno una rilevanza pratica, mentre all'interno di un sistema non effettivo diventano facilmente, per dirla con Hart, un gioco futile.

La conclusione che la connessione tra l'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale del sistema richiede un giudizio di valore ha implicazioni importanti. Se l'effettività di un sistema è una ragione pratica adducibile in un giudizio di valore diretto a sostenere l'accettazione del principio fondamentale del sistema, ecco che a tale ragione pratica potranno essere affiancate o contrapposte altre ragioni d'ordine pratico, dalle più alte ragioni morali alle più spicciole ragioni di convenienza. E ci potrà essere chi trovi nell'effettività di un sistema di diritto positivo una ragione pratica sufficientemente forte per accettarne in ogni caso, a base degli interni giudizi di validità, il principio fondamentale; ci potrà essere chi alla ragione dell'effettività anteponga sempre altre ragioni e non sia disposto, per esempio, ad accettare il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo che sia con i suoi contenuti in contrasto con certi valori morali e politici; ci potrà essere infine chi apprezzi assai la ragione dell'effettività e sia preparato a fare di fronte ad essa sacrificio d'altre ragioni, ma non oltre certi limiti, non oltre per esempio un certo tipo e un certo grado di contrasto fra i contenuti del sistema e certi valori morali e politici. Il peso delle varie ragioni per o contro l'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo, la portata della scelta che ne risulta, cambiano nei diversi contesti: ma si può dire in generale che quella scelta, concernendo l'ordinamento della società attraverso il diritto, è una scelta politica, che le ragioni e i giudizi di valore relativi a quella scelta sono ragioni e giudizi politici, e che l'analisi delle argomentazioni con cui a tal proposito si adducono le ragioni e si comunicano i giudizi di valore ci porta sul terreno proprio della filosofia politica. La legittimazione di un sistema di diritto positivo, ossia la giustificazione dell'accettazione del principio fondamentale del sistema e della conseguente assunzione a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne delle norme che sod-

disfano le condizioni di validità interne al sistema, viene da una scelta politica e poggia su ragioni politiche che è compito della filosofia politica analizzare.

Una scelta politica è dunque inerente alla pratica ed alla scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico, che considerando un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno ne accettano il principio fondamentale ed operano nel sistema in conformità agli interni criteri di validità basati sul principio fondamentale. La cosa viene più spesso riconosciuta quanto alla pratica del diritto: nel giudice che condanna in applicazione di una norma di un sistema di diritto positivo è infatti abbastanza facile vedere un collaboratore e un difensore dell'organizzazione politica realizzata attraverso quel sistema di diritto. Ma la stessa cosa è vera per il giurista scienziato, che fornisce alla pratica gli strumenti concettuali che la pratica impiega, che indica ai pratici le norme valide e suggerisce come interpretarle ed applicarle[26]. Il principio di effettività, nell'aspetto neutralmente scientifico che ha ricevuto nel positivismo giuridico, ha il torto di nascondere la scelta politica fingendo in suo luogo

[26] Quanto è detto nel testo a proposito della scelta politica inerente alla scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico si riferisce ad una scienza che svolga una funzione sociale, quella di preparare la pratica del diritto. Sarebbe certo possibile fare nel chiuso del proprio studio una scienza come puro gioco o esercizio intellettuale: in questo caso la scelta del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo non sarebbe nulla più che la scelta del principio regolativo di un gioco o esercizio intellettuale, in conformità al piacere del gioco o all'utilità dell'esercizio. Ma non appena i risultati di un tale gioco o esercizio fossero messi in circolazione e potessero direttamente o indirettamente influire sulla pratica la scienza del diritto riacquisterebbe la sua funzione e la scelta del principio fondamentale riacquisterebbe il senso di una scelta politica.

Osservo ancora che si potrebbe essere fortemente tentati a introdurre, a proposito di scienza del diritto e scelta politica, una distinzione fra il giurista che lavora, o quando lavora, su un particolare sistema di diritto positivo a identificarne le norme, a interpretarle e sistemarle, e il giurista che lavora, o quando lavora, alla costruzione dei concetti giuridici: vedendo nel primo, e non nel secondo, il consigliere della pratica, ad essa unito nella scelta politica. Richiamo però quanto ho avuto a sottolineare discutendo l'interpretazione scientifica del positivismo giuridico: l'elaborazione dell'apparato concettuale non può essere considerata indipendentemente dal suo scopo, l'applicazione dei concetti alla materia dei particolari diritti positivi. La distinzione fra i due momenti del lavoro del giurista serve solo a chiarire questo: che in un caso l'impegno al servizio del diritto positivo e della volontà che vi si è espressa è immediato e diretto, nell'altro caso è mediato e indiretto, consistendo nella preparazione e fornitura degli strumenti concettuali che vi saranno impiegati.

una semplice constatazione sociologica. I giudizi di validità all'interno di un sistema di diritto positivo presuppongono il principio fondamentale del sistema e l'accettazione del principio fondamentale del sistema comporta una scelta politica: la scelta di attuare nella scienza e nella pratica del diritto la volontà politica che si è manifestata in quel diritto positivo, la scelta di collaborare all'organizzazione politica che in quel diritto positivo ha la sua struttura [77].

[77] A proposito di quanto son venuto dicendo circa la scelta inerente alla pratica ed alla scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico devono essere richiamate, pur senza voler mettere in ombra le differenze di prospettive e di modi tra il suo discorso di idealista ed il mio, le importanti chiarificazioni e conclusioni di A. E. CAMMARATA, « Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici" », in *Formalismo e sapere giuridico - Studi*, cit., v. alle pp. 139-40; « La positività del diritto e il valore "pratico" della norma di condotta », ivi, pp. 191-205, v. alle pp. 204-5; « Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica », ivi, cit., v. alle pp. 245-6.

VIII. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): altri profili di rilevanza politica della pratica e della scienza del diritto

Abbiamo considerato finora, per mettere in chiaro la scelta politica che vi è inerente, la posizione e la funzione della pratica e della scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico rispetto alla volontà politica che, per essersi tradotta alle necessarie condizioni in diritto positivo, è diventata un dato, il dato privilegiato del giurista; giova avvertire, adesso, che quanto si è detto in proposito non esaurisce il complesso tema dei rapporti fra la pratica e la scienza del diritto giuspositivistiche e la volontà che si esprime nel diritto positivo: altri e interessanti rapporti si hanno nel momento della formazione di quella volontà. Dalla pratica del diritto, sia attraverso suggerimenti espliciti, che trovino posto per esempio nelle sentenze dei giudici, sia e soprattutto attraverso l'orientamento impartito alle interpretazioni del diritto positivo esistente, vengono indicazioni di grande importanza per la maturazione di una volontà riformatrice del diritto; e indicazioni di grande importanza dà in simili modi la scienza. Ed ancora: abbiamo visto che nella scienza del diritto ha luogo un lavoro di ricerca e costruzione relativo alle forme concettuali da impiegare nello studio del diritto positivo come via via nel corso della storia si presenta. L'apparato concettuale così elaborato non serve però soltanto allo studio teorico del diritto positivo nei suoi vari contenuti storici, e non costituisce soltanto il linguaggio adoperato dalla pratica per applicare e realizzare il diritto positivo stesso, ma costituisce altresì il linguaggio adoperato per esprimere nelle norme del diritto positivo la volontà prevalente nell'organizzazione politica. Fra il linguaggio che si usa negli atti produttivi del diritto positivo, il linguaggio della scienza e quello della pratica del diritto ci sono nei sistemi di diritto positivo complesse relazioni di carattere dialettico: la scienza sviluppa le forme concettuali nello studio del diritto positivo esistente e le mette a disposizione della pratica, a sua volta ricevendo dai problemi e dalle esigenze della pratica nuovi

stimoli per le sue ricerche sui concetti; il diritto positivo nelle sue trasformazioni utilizza sempre più largamente e sistematicamente le forme concettuali offerte dalla scienza del diritto, questa lavorando su un diritto positivo concettualmente più maturo fa progressi ulteriori etc. (possono esserci naturalmente e ci sono in questi processi, ora delineati seguendo una linea ascendente, oscillazioni e regressi). Il linguaggio impiegato per esprimere una volontà condiziona profondamente l'atteggiarsi di tale volontà: così, non solo attraverso indicazioni di contenuto, ma attraverso l'elaborazione dell'apparato concettuale tecnico-giuridico la scienza del diritto, collegata come si è visto con la pratica, influenza la volontà politica che si esprime nel diritto positivo. La scienza e la pratica del diritto giuspositivistiche servono dunque insieme la volontà politica che si è espressa nel diritto positivo e reagiscono inoltre sulla formazione della volontà che il diritto positivo potrà modificare: ed il positivismo giuridico anche nel suo momento apparentemente più lontano dalla politica, la scienza del diritto, va visto nel suo significato politico: la scienza del diritto dirige la pratica ad assumere a guida dei comportamenti e criterio di giudizio le norme del diritto positivo, espresse dalla volontà prevalente nell'organizzazione politica, le fornisce gli strumenti concettuali, prepara e suggerisce le operazioni d'interpretazione e d'applicazione del diritto positivo che saranno compiute dai pratici a realizzazione di quella volontà, influenza con indicazioni di contenuto e apprestando il linguaggio che vi sarà usato gli atti politici di produzione del diritto positivo. Ecco in quali modi il giurista giuspositivista, siccome avemmo a dire, piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio e d'opera a fini e interessi politici. A che, altrimenti, una scienza del diritto come scienza del diritto positivo? Ogni scienza ha una giustificazione pragmatica: si spendono in una scienza tempo e fatica, vi si impegnano mezzi, le si destinano istituzioni, perché rende agli uomini certi servizi. La scienza del diritto come scienza del diritto positivo quali servizi ci rende? Che scopo ha il paziente, minuto studio della volontà espressa nel diritto positivo, presto cancellata dal volgere della storia? Una giustificazione pragmatica della

scienza del diritto come scienza del diritto positivo l'abbiamo, se ci vediamo una collaboratrice della volontà prevalente nell'organizzazione politica, uno strumento di organizzazione politica. Si può discutere se sia bene o male che i giuristi collaborino all'organizzazione politica in questo modo, che l'organizzazione politica si valga di questo loro apporto (il presente libro vuole appunto contribuire a impostare correttamente tale discussione): ma fuor di dubbio abbiamo qui qualcosa di serio, qualcosa che costituisce una funzione pragmatica di grande rilievo ed importanza.

IX. L'interpretazione politica del positivismo giuridico (seguito): positivismo giuridico e stato moderno

Tra le due fondamentali interpretazioni del positivismo giuridico che sono state avanzate, l'interpretazione scientifica e l'interpretazione politica, noi accettiamo dunque l'interpretazione politica, che attribuisce alla pratica ed alla scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico una primaria funzione di collaborazione con la volontà politica che si è manifestata nel diritto positivo ed una funzione preparatrice delle trasformazioni di questa volontà. Poiché le posizioni e gli atteggiamenti cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico si sono formati e sviluppati, come abbiamo visto mettere in risalto da Bobbio e da Matteucci, in connessione con l'organizzazione politica dello stato moderno, l'interpretazione politica del positivismo giuridico qui accettata può essere subito integrata, riconoscendo nel positivismo giuridico una scelta politica generale in favore del diritto dello stato moderno, che si specifica volta a volta nell'accettazione del principio fondamentale di ciascun sistema di diritto positivo statale, riconoscendovi un movimento orientato all'affermazione ed alla conservazione dello stato moderno, un indirizzo della cultura giuridica che ha dato allo stato moderno il tipo di giurista teorico e pratico di cui lo stato moderno aveva bisogno.

L'interpretazione politica del positivismo giuridico, che lo collega all'organizzazione politica dello stato moderno, trova conferma, una chiara conferma, nel perfetto parallelismo tra i caratteri fondamentali appunto dell'organizzazione politica dello stato moderno, quali sono rilevabili in una determinazione storico-politica di tale tipo di stato, e i fondamentali assunti del positivismo giuridico. Carattere principale dello stato moderno è la concentrazione del potere, con il superamento delle forme di organizzazione politica in cui il potere era distribuito orizzontalmente e verticalmente in centri di potere autonomi: il positivismo giuridico in corrispondenza ammette un'unica fonte di diritto, la fonte co-

stituita da quel potere centralizzato, ed altre fonti ammette soltanto come fonti delegate e subordinate, capaci di produrre diritto in quanto autorizzate dalla fonte primaria e nell'ambito da questa stabilito. Il potere centralizzato proprio dello stato moderno è potere sovrano: questo potere cioè non riconosce superiore e non tollera sotto di sé alcuna istituzione che ad esso non si pieghi ricevendone insieme legittimazione e limiti: il positivismo giuridico in corrispondenza non ammette norma o criterio regolatore al di sopra del diritto dello stato, né diritto naturale né diritto delle genti né potestà o diritto di chiesa né consuetudini o costumi etc., e fa del diritto dello stato il criterio esclusivo per la qualificazione di ogni istituzione e di ogni comportamento. Lo stato moderno non è solamente quello in cui il potere è centralizzato e sovrano, ma quello in cui il potere centralizzato e sovrano si esprime nella legge, la legge generale ed astratta, e con la legge regola se stesso e i poteri delegati e subordinati: stato costituzionale e, nella forma più piena, stato di diritto: il positivismo giuridico in corrispondenza vede nella legge la forma essenziale per il manifestarsi del potere dello stato, identifica la fonte prima del diritto nell'organo legislativo e nella legge la forma in cui il diritto ne è prodotto, e giunge fino ad attribuire al diritto come caratteristiche necessarie, ponendole come caratteristiche definitorie del concetto di diritto, le caratteristiche proprie della legge. Gli assunti del positivismo giuridico, ove si rispecchia l'organizzazione politica dello stato moderno, vengono così a trovare il loro quadro in una concezione statalistica del diritto, che fa coincidere il diritto con il diritto dello stato o meglio dello stato moderno medesimo.

Il positivismo giuridico dev'essere dunque compreso e spiegato in connessione con l'organizzazione politica dello stato moderno. Bisogna però affrettarsi ad aggiungere, per non andare incontro a troppo facili obbiezioni, che quest'interpretazione, onde il positivismo giuridico è connesso con l'organizzazione politica dello stato moderno, non è tale da coprire tutti gli sviluppi degli atteggiamenti e delle posizioni teorici e pratici cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico. Facciamo un salto e passiamo senz'altro a

considerare le posizioni dell'autore che è fuor di dubbio il maggiore esponente del positivismo giuridico, ma del positivismo giuridico in una fase avanzata di svolgimento e di maturazione: Hans Kelsen. In Kelsen troviamo ancora l'idea fondamentale che le ricerche del teorico e le operazioni del pratico del diritto debbano restar legate al diritto positivo, inteso come insieme di norme poste da esseri umani; ma il diritto positivo può non essere il diritto dello stato, il diritto dello stato costituisce solo una specie nel più ampio genere del diritto; può non essere l'espressione di un potere centralizzato come quello dello stato, bensì provenire da poteri decentrati o fin da una capacità normativa fluidamente diffusa in tutta la società; può nascere in forma diversa dalla forma della legge; può derivare da procedimenti non caratterizzabili in termini di volontà. Così, per esempio, Kelsen ci presenta come altra specie di diritto positivo il diritto internazionale: e il diritto internazionale, secondo la sua descrizione, ha per fonte primaria la consuetudine, nella consuetudine si fondano i modi di produzione volontaria del diritto, caratterizzati a loro volta dal decentramento e dalla forma della convenzione, consistendo in trattati e accordi fra gli stati, e solo nel grado successivo, istituiti e legittimati mediante convenzioni, incontriamo modi di produzione del diritto simili a quelli propri dello stato, fino a una produzione di tipo legislativo. Anche per quanto riguarda l'atteggiamento ideologico verso il diritto dello stato e verso il diritto internazionale il caso di Kelsen è particolarmente significativo: la decisione fra il primato del diritto statale o del diritto internazionale è per lui una scelta politica, e la sua scelta è per il primato del diritto internazionale. Ha fatto altri quest'osservazione a dimostrare che il positivismo giuridico, benché si sia formato in concomitanza con l'affermarsi dello stato moderno, non comporta necessariamente un impegno ideologico in favore dello stato ed è perfettamente compatibile con un impegno ideologico contrario allo stato sovrano, per la sottomissione dello stato e del suo diritto al diritto internazionale; ed è certo osservazione importante. Non meno importante mi sembra però una seconda osservazione: Kelsen mette con una scelta politica il diritto inter-

nazionale davanti al diritto dello stato, ma nello stesso tempo manifesta in modo chiaro una valutazione negativa della condizione attuale del diritto internazionale, qualificato, con espressioni le cui implicazioni valutative sono scoperte, come un diritto primitivo, un diritto che realizza imperfettamente il fine proprio del diritto di attribuire alla comunità il monopolio della forza, un diritto tecnicamente manchevole; ed aspira a una trasformazione del diritto internazionale che gli dia strutture analoghe a quelle del diritto dello stato, fino a un'organizzazione politica con i fondamentali caratteri dello stato che raccolga l'umanità intera [1]. Viene così da Kelsen un'indicazione che io credo possa essere generalizzata e costituisca la chiave per cogliere il senso e la direzione dei cambiamenti e degli allargamenti avvenuti, a partire dallo stretto statalismo, negli atteggiamenti e nelle posizioni cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico: si è avuta sì un'estensione del concetto di diritto a specie di diritto diverse dal diritto dello stato, con aspetti diversi da

[1] V. per quanto precede H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Lipsia-Vienna 1934 (*La dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino 1952), specialmente il cap. IX; *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass. 1945 (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit.), specialmente il cap. VI della parte II. La prima opera ha avuto due successive edizioni: *Théorie pure du droit* (trad. franc. di H. Thévenaz), Neuchatel 1953, presentata come una semplice traduzione, ma contenente in realtà aggiunte e modificazioni; *Reine Rechtslehre*, Vienna 1960, presentata come una seconda edizione (è questa l'edizione citata nelle note precedenti). A proposito di ciò che è detto nel testo, bisogna rilevare esserci nella più recente edizione della *Reine Rechtslehre*, rispetto alle edizioni anteriori e rispetto alla *General Theory of Law and State*, alcune diversità di sfumature, che tuttavia non toccano nella sostanza gli atteggiamenti di Kelsen di fronte al diritto statale e al diritto internazionale e il suo orientamento verso strutture giuridiche di tipo statalistico, e un interessante cambiamento. Il cambiamento concerne la configurazione della consuetudine quale fonte di diritto. Nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* e nell'edizione di Neuchatel, come nella *General Theory*, Kelsen caratterizzava la consuetudine fonte di diritto dicendo che la creazione del diritto attraverso la consuetudine avviene in maniera incosciente, accogliendo la tesi tradizionale per cui requisito essenziale della consuetudine fonte di diritto è la *opinio necessitatis* (da lui intesa però come opinione dell'esistenza di una norma anche non giuridica), escludendo in maniera perentoria che alla consuetudine fonte di diritto inerisca la volontà di stabilire una norma: v. *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 83; *Théorie pure du droit*, cit., p. 125; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 34 ss., 115 ss., 128 ss., 135 ss., 370 ss. Nell'ultima edizione della *Reine Rechtslehre*, invece, si profila riguardo alla consuetudine fonte di diritto una concezione volontaristica. Quando gli atti costitutivi del fatto della consuetudine si sono ripetuti lungo un certo tempo, dice l'autore, nasce nell'individuo l'idea di doversi comportare come i mem-

quelli su cui il positivismo giuridico aveva elaborato i propri metodi e costruito le proprie teorie, si è compiuto uno sforzo per adattare tali metodi e teorie ai nuovi dati, ma il diritto dello stato è rimasto per il positivismo giuridico il diritto per eccellenza, ha assunto la funzione di una sorta di modello in base al quale si considerano e si valutano gli altri diritti e rispetto al quale gli altri diritti appariscono qualcosa di imperfetto e di inferiore, destinato ad evolversi fino a riprodurne le caratteristiche. Il positivismo giuridico porta su di sé, pur nell'allargamento del campo dei suoi dati, il marchio dell'origine statalistica; o, se si preferisce, rimane a viziare il positivismo giuridico questo suo vizio d'origine. C'è, come vedremo meglio fra poco, una connessione profonda fra il trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico e quei modi di produzione volontaria del diritto, che trovano nello stato la loro attuazione più piena: dove tali modi mancano il giurista giuspositivista non può non sentire un grave disagio metodologico e non esercitare una più o meno con-

bri della società hanno l'abitudine di comportarsi e la volontà che gli altri si comportino nello stesso modo; le concorrenti volontà degli individui danno luogo ad una volontà collettiva che (esistendo una norma di grado superiore istitutiva della consuetudine quale fonte di diritto) pone le norme giuridiche. « Se il diritto consuetudinario, così come il diritto legislativo, è diritto positivo, vale a dire diritto posto, deve necessariamente darsi un atto di volontà individuale o collettivo, con il significato soggettivo del dover essere, che viene quindi interpretato come norma oggettivamente valida, come diritto consuetudinario »: v. a p. 9 ed a p. 232, di dove è preso il passo citato letteralmente. Quel che io dico e dirò più avanti nel testo è stato pensato e scritto con riferimento, fra le due concezioni kelseniane della consuetudine ora indicate, a quella anteriore, non volontaristica, sia perché è la concezione del Kelsen che ha esercitato le influenze più vaste e dato origine nella teoria giuridica a una scuola kelseniana, sia e soprattutto perché si tratta, e in un grande autore, di un punto estremo raggiunto dal positivismo giuridico nello sforzo di liberarsi dalla concezione volontaristica del diritto. Senza entrare qui in una discussione approfondita delle idee di Kelsen riguardo alla consuetudine fonte di diritto e delle loro variazioni (e per questo non ho esteso l'esame alle opere di Kelsen diverse da quelle su citate), osservo che, rispetto alla posizione precedente, lo spostamento del nostro autore verso la concezione volontaristica non sembra segnare, quanto a rigore concettuale, un progresso: mi pare infatti che tale concezione si fondi sulla confusione, o almeno sulla mancata distinzione, fra una volontà diretta a comportamenti altrui conformi alla norma ritenuta esistente e una volontà diretta alla produzione della norma. Il tardo arrivo di Kelsen alla concezione volontaristica della consuetudine porta in ogni modo acqua al mio mulino: a tale concezione egli è stato fuor di dubbio sospinto da quella connessione fra il positivismo giuridico e la produzione volontaria del diritto, che è una delle tesi centrali da me proposte: e così, cedendo alla spinta, ne ha fornito la riprova.

sapevole pressione per una ricostruzione e uno svolgimento del dato verso una maggior conformità al modello del diritto dello stato. Sono esemplari, a questo proposito, le vicende dei rapporti fra il positivismo giuridico e il diritto internazionale, rispetto al quale abbiamo già visto l'atteggiamento di Kelsen: mentre alcuni autori di indirizzo giuspositivistico (a cominciare da Austin) non hanno esitato davanti alla conclusione, coerente nella sua rigidezza, di negare l'esistenza di un diritto internazionale nel senso proprio dell'espressione « diritto », i tentativi degli altri di arrivare a un trattamento giuspositivistico del diritto internazionale, rientrante nel concetto allargato di diritto, hanno portato a una serie di sforzature in senso statalistico, cui la dottrina ha reagito, in maniera ormai prevalente, con l'abbandono delle posizioni giuspositivistiche, benché talvolta mascherato con un uso estremamente ampio dell'etichetta di positivismo giuridico a coprire anche le nuove e diverse posizioni [2]. Nato in connessione con lo stato moderno e la sua organizzazione politica, al servizio della volontà prevalente in questa organizzazione politica, il positivismo giuridico è essenzialmente legato a tale tipo di organizzazione politica; o meglio, è legato a un tipo di organizzazione politica che, sia o non sia ancora da chiamare stato, ripeta dell'organizzazione politica dello stato moderno i caratteri fondamentali, primo fra tutti il prevalere ed il manifestarsi di una volontà politica nella forma della legge; sua funzione è servire tale volontà; questo è il significato del positivismo giuridico nella storia della cultura giuridica, questo il positivismo giuridico con cui la cultura contemporanea ancora deve fare i suoi conti.

[2] Su positivismo giuridico e diritto internazionale si vedano, a proposito di quanto è detto nel testo, le pagine illuminanti di R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, cit., p. 20 ss.; « Diritto positivo e diritto internazionale », in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, cit., p. 10 ss.; M. Giuliano, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova 1950, p. 70 ss.; P. Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano 1943, p. 20 ss., *Les caractères de l'ordre juridique international*, in « Academie de droit international - Recueil des cours », 1958, pp. 267-407, e *Diritto internazionale odierno*, Milano 1964, p. 17 ss.

X. Vicende storiche e definizione del positivismo giuridico

La storia del positivismo giuridico non è una storia semplice: la formazione di una scienza e di una pratica del diritto al servizio del diritto positivo dello stato moderno, ossia della volontà prevalente nell'organizzazione politica dello stato moderno, e poi gli sforzi di allargamento delle prospettive giuspositivistiche, tutto questo avviene attraverso processi di grande complessità, in contesti culturali differenti, con articolate vicende di posizioni filosofiche e giuridiche, con diverse successioni di momenti nelle trasformazioni della scienza e della pratica del diritto e delle strutture dell'organizzazione politica. In un paese, la Francia, si ha una grande codificazione, derivata dall'ispirazione del giusnaturalismo razionalistico ed illuministico, seppur seguita da un riaccostamento alla tradizione giuridica francese del diritto romano comune ed entrata in compromesso con le particolari esigenze politiche della situazione in cui venne attuata: il positivismo giuridico nasce, per così dire, dal suo avversario il giusnaturalismo, piegandosi i giuristi all'esegesi ed all'applicazione fedele delle prescrizioni dei codici, nelle quali s'era creduto di poter esprimere e rendere positivi i princìpi razionali della giustizia; e la scienza del diritto giuspositivistica viene a svilupparsi entro una struttura politica in cui la legge ha già raggiunto la sua forma più alta, quella del codice. In Germania, al contrario, gli atteggiamenti giuspositivistici matureranno dopo una rottura aperta con il giusnaturalismo, debellato prima di tutto dalla scuola storica del diritto; la scienza del diritto ha una gran fioritura nel campo del diritto privato, a cominciare dalla stessa scuola storica in cui si faceva più dogmatica che storia, nello studio e nella rielaborazione del diritto romano come diritto vigente, mentre la scienza del diritto pubblico si volge progressivamente allo studio tecnico-giuridico degli istituti positivi e alle ricerche formali del diritto pubblico generale; la codificazione giunge assai tardi, fiore sulla cima di un lungo lavoro preparatorio

della scienza, segnando anche nel campo del diritto privato il definitivo volgersi della scienza e della pratica del diritto all'intelligenza ed all'applicazione della volontà dominante nello stato, espressa nella legge. In Inghilterra, ancora, il positivismo giuridico costituisce negli studi giuridici una tradizione, da Bentham e specialmente da Austin in avanti, affatto prevalente; ma le proposte di codificazione, che nel pensiero di Bentham e Austin hanno un posto centrale e ne manifestano nel modo più chiaro l'impegno politico, rimangono inascoltate: l'Inghilterra ci offre così un esempio un po' sconcertante di dominio di orientamenti teorici giuspositivistici in un paese di *common law*. L'Italia può essere accostata, quanto agli aspetti ora considerati, alla Francia, per averla seguita presto, appunto sotto la sua influenza, sulla via della codificazione. I paesi fin qui menzionati sono quelli di maggiore importanza per la storia del positivismo giuridico: il panorama risulterebbe vieppiù ricco e vario se venisse ulteriormente allargato. E una notevole varietà, articolate vicende di posizioni filosofiche e giuridiche troviamo, come si diceva, pur se, astraendo dalle relazioni con i contesti storici e le strutture politiche, ci limitiamo a prendere in esame semplicemente le dottrine cui si usa dare il nome di giuspositivistiche. Dai commentatori del codice Napoleone e da Austin fino a Kelsen e Bobbio e Hart il passo è molto lungo; dall'una all'altra scuola giuspositivistica si contrappongono o si mescolano orientamenti filosofici diversi, e l'utilitarismo e il positivismo filosofico e il criticismo e l'idealismo; qui prevalgono le indagini sui particolari contenuti assunti storicamente dal diritto positivo, là le ricerche formali; l'evoluzione dalla concezione della norma giuridica quale comando alla concezione della norma giuridica quale giudizio, o quale proposizione prescrittiva depsicologizzata, lo spostamento del centro della teoria del diritto dalla norma all'ordinamento, corrispondono a profondi cambiamenti negli atteggiamenti ideologici e negli indirizzi teorici; l'alternativa fra una « giurisprudenza dei concetti » e una « giurisprudenza degli interessi », o come altrimenti si pone l'alternativa fra un positivismo giuridico che partendo dalla lettera e dalla logica in cui si è espressa la volontà politica dominante impiega

principalmente procedimenti logico-formali e un positivismo giuridico che al contrario vuol riconoscere le scelte politiche operate da quella volontà, è un'alternativa grave, e fra i due estremi corre una grande distanza, riempita peraltro da una ricca gamma di sfumature intermedie; e via dicendo [1]. Davanti a una simile varietà di vicende e di posizioni si rinnova, davvero, un forte dubbio circa la possibilità di stabilire una soddisfacente definizione unitaria, a comporre in unità un materiale tanto eterogeneo, di questa espressione, di cui ci stiamo forse incautamente servendo, « positivismo giuridico », di questo concetto di positivismo giuridico che pur ci sembra così importante nella problematica della cultura giuridica contemporanea. Ma qui giunti, per fortuna, possiamo raccogliere il frutto delle premesse metodologiche alla definizione del concetto di positivismo giuridico, enunciate in principio: saranno state trovate, magari, troppo ampie e un po' fastidiose, ora però ne ricaviamo il giusto profitto: è l'idea della definizione del concetto di positivismo giuridico come definizione esplicativa in direzione critica che ci consente di penetrar decisi nella varia materia e di afferrare l'essenziale per la determinazione di uno strumento semantico preciso ed efficiente, capace di portare chiarezza e orientamento quanto a cose di grande momento e di grande urgenza, riguardo alle quali dobbiamo prendere le nostre risoluzioni e decisioni. Il problema che in questa sede ci preoccupa, ricordiamolo, non è quello della storia del positivismo giuridico, e quello pertanto di procurarci nel concetto di positivismo giuridico un concetto storiografico sufficientemente largo ed elastico: è il problema del partito da scegliere a proposito di una concezione del diritto e della scienza e della pratica del diritto, di un orientamento filosofico e metodologico a certi piuttosto che a certi altri modi di operare rispetto al diritto, di un modello metodologico per il lavoro dei giuristi

[1] Per un quadro degli svolgimenti delle varie dottrine giuspositivistiche v. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico - Lezioni etc.*, cit.; per la storia del positivismo giuridico attraverso gli autori e le scuole (in mancanza di una storia del positivismo giuridico vera e propria) W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 4ª ed., Londra 1960, p. 205 ss.; R. TREVES, *Lezioni di filosofia del diritto - Anno accademico 1959-60*, Milano 1961, p. 80 ss.; e la voce « Positivismo giuridico » di M. A. CATTANEO, di prossima pubblicazione nel *Novissimo Digesto Italiano* (con bibliografia).

e della giustificazione di questo modello: concezione, orientamento, modello, giustificazione del modello che ci vengono da una lunga e complessa storia del diritto e del pensiero giuridico, ma che noi dobbiamo con impegno costruttivo o ricostruttivo o distruttivo accettare o riformare o rifiutare per il presente e per il futuro e dobbiamo quindi, prima di tutto, determinare in maniera sufficientemente netta da saper chiaramente che accettare o riformare o respingere, cogliendo nella loro storia attraverso una definizione esplicativa del concetto che li designa il nucleo vivo. S'intende che, avendo creduto di elucidare, in una considerazione teleologica, l'intenzionalità del positivismo giuridico, i valori-guida onde esso ritrae la sua fondamentale unità, mediante quella che abbiamo chiamato l'interpretazione politica, in contrapposto all'interpretazione scientifica, la definizione esplicativa del concetto di positivismo giuridico, che stiamo per stabilire, rimarrà nell'ambito di tale interpretazione, riproporrà l'interpretazione politica stessa, opportunamente specificando le caratteristiche che, in ordine all'attuazione dei suoi valori-guida, il positivismo giuridico assume.

XI. Definizione del positivismo giuridico

La nostra definizione esplicativa in direzione critica del concetto di positivismo giuridico attribuirà prima di tutto al positivismo giuridico questa caratteristica basilare: il positivismo giuridico concepisce il diritto come un insieme di norme poste da esseri umani ed assegna per compito alla scienza del diritto lo studiare, alla pratica del diritto l'applicare il diritto inteso in tale senso. La positività del diritto, prima nota del diritto in una concezione giuspositivistica, consiste in questo suo esser posto. Ma che significa posizione del diritto, posizione delle norme costitutive del diritto? Positivismo giuridico, diritto positivo e posizione del diritto essendo concetti strettamente imparentati, le difficoltà, le incertezze, le ambiguità relative ad un membro della famiglia, a noi già ben note, investono anche gli altri concetti familiari, e così quello di posizione. Senza entrare nella lunga e complessa storia del concetto di posizione del diritto in connessione con il concetto di diritto positivo [1], a me sembra che l'analisi di tale concetto possa prendere nella cultura giuridica di oggi due direzioni fondamentali. In una direzione, che sbocca nella riduzione della positività del diritto alla sua effettività, i processi di posizione del diritto sono quelli per cui le norme del diritto diventano effettive: processi non necessariamente identificabili con atti di deliberazione espressa, mentre viceversa gli atti di deliberazione espressa, in quanto le norme che ne derivano non riescano a diventare effettive, possono non comportare posizione di diritto [2]. Dall'altra parte la posizione di una norma giuridica viene intesa proprio come l'esprimersi di una deliberazione, come la manifestazione di un atto di volontà; e l'essere posto

[1] V. in proposito R. Ago, « Diritto positivo e diritto internazionale », in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, cit., p. 4 ss.; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico - Lezioni etc.*, cit., p. 1 ss.

[2] V. per esempio G. Del Vecchio, « Sulla positività del diritto », ora in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano 1958, pp. 71-88, particolarmente a p. 79 ss.

del diritto positivo vuol dire appunto che esso trae origine da un atto di volontà [3]. È già chiaro a chi abbia letto i capitoli precedenti per quali ragioni io non possa accettare la soluzione che, facendo centro sull'effettività del diritto e riducendovi la positività, ravvisa la posizione del diritto nei processi per cui le norme del diritto diventano effettive, e mi tenga invece sull'altra strada. Se agli atti di posizione del diritto sia da attribuire per necessaria caratteristica l'esser atti di volontà vedremo fra un momento; ora desidero osservare come l'enunciato che certe norme sono poste da esseri umani involga prima di tutto che quelle norme vengano in esistenza attraverso comportamenti di esseri umani, comportamenti significanti, aventi cioè essi stessi il valore di segni, o produttivi di segni significanti, e significanti norme, proposizioni con la funzione di guida della condotta e di criterio per giudicarla; l'accertamente dell'esistenza delle norme e la determinazione del loro contenuto richiedendo pertanto la constatazione dei fatti storici dei comportamenti significanti o produttivi di segni significanti e l'interpretazione del significato dei comportamenti o dei segni da essi prodotti. Il positivismo giuridico, in quanto concepisce il diritto come un insieme di norme poste, nel senso chiarito, da esseri umani, si contrappone da un lato alle concezioni del diritto per cui il diritto sia costituito da, o anche da, norme poste da esseri diversi dagli esseri umani (la concezione del diritto, per esempio, importante nella tradizione del pensiero cristiano, che considera diritto anche il diritto divino positivo); dall'altro lato alle concezioni del diritto per cui il diritto sia costituito da, o anche da, norme esistenti, in un qualche senso di questa parola, indipendentemente dal fatto di essere state poste da qualcuno, perché inerenti alla natura dell'uomo, o alla sua ragione, o alla natura della società, o alla natura delle cose, o a qualcos'altro ancora (esempi di simili concezioni ci offre in abbondanza la storia del giusnaturalismo e non solo del giusnaturalismo).

Si apre adesso l'ulteriore problema, se la nostra definizione del concetto di positivismo giuridico debba attribuire

[3] In tale senso G. Gavazzi, *Le buone ragioni del positivismo giuridico*, cit., v. a col. 306.

al positivismo giuridico quale nota essenziale una concezione volontaristica del diritto: del diritto, s'intende, come diritto posto da esseri umani. Ci chiediamo, cioè, se la caratteristica basilare del positivismo giuridico, or ora enunciata, debba essere specificata nel modo seguente: il positivismo giuridico concepisce il diritto come un insieme di norme poste da esseri umani, e poste da esseri umani con atti di una volontà diretta a sottoporre la condotta alla disciplina delle norme che vengono espresse. L'alternativa consiste nell'attribuire al positivismo giuridico una concezione più ampia del diritto, secondo la quale le norme del diritto possano essere poste anche con comportamenti significanti o produttivi di segni significanti, non riducibili ad atti di volontà: tali i comportamenti consuetudinari, che per essere fonte di diritto devono avere un significato normativo, devono essere interpretabili in maniera da ricavarne norme, ma non sono atti di volontà [4]. Abbiamo visto Hart elencare al primo posto fra le tesi correnti sotto il nome di positivismo giuridico la tesi che le norme costi-

[4] È ben noto che non sono mancati, nella storia del pensiero giuridico, tentativi di rappresentare la consuetudine fonte di diritto come manifestazione di volontà: così nella tradizione romano-canonistica la consuetudine è stata configurata come manifestazione della volontà del popolo, e in quei tentativi di trattamento giuspositivistico del diritto internazionale, cui ho prima accennato, si è arrivati a considerarla come manifestazione della volontà degli stati. Abbiamo visto lo stesso Kelsen, contraddicendo alle posizioni precedenti, accogliere nell'ultima edizione della *Reine Rechtslehre* quanto alla consuetudine fonte di diritto una concezione volontaristica. La questione della natura e degli elementi della consuetudine fonte di diritto è molto delicata e controversa: io mi affido qui al rifiuto della concezione volontaristica affatto prevalente nelle dottrine odierne, limitandomi ad osservare che quella concezione è un tipico prodotto di un procedimento tanto comune quanto inopportuno. Volendo ridurre ad unità fenomeni diversi non si costruisce un concetto superiore che li inquadri tutti, e si sforza invece oltre ogni convenienza semantica un concetto relativo ad una specie affinché copra anche l'altra o le altre specie. Il procedimento trova di solito spiegazione in ciò, che la specie, cui è relativo il concetto assoggettato alla sforzatura, è in qualche modo privilegiata rispetto all'altra o alle altre, sì che si tende a unificare riconducendo le altre ad essa: spiegazione ovviamente appropriata anche all'estensione del concetto di volontà dalla posizione volontaria (in significato proprio) di norme alla consuetudine. Ma se i comportamenti consuetudinari non sono una manifestazione di volontà, come potrà dirsi che siano significanti e quindi capaci di porre norme accertabili con l'interpretazione del loro significato? In pressoché tutte le teorie relative alla posizione consuetudinaria di norme è emersa, in una forma o nell'altra, l'idea centrale che per la posizione consuetudinaria di norme non basta il mero fatto della ripetizione dei comportamenti: bisogna arrivare al punto in cui i comportamenti, nel contesto in cui sono tenuti, esprimono una coscienza di doverosità, hanno il senso soggettivo di adempimento

tutive del diritto sono comandi, ossia espressioni di volontà; e Bobbio, presentando la teoria del diritto propria del positivismo giuridico, indicare prima di tutto la definizione volontaristica del diritto che, congiunta all'identificazione della volontà creatrice del diritto con la volontà del sovrano politico, porta alla riduzione del diritto al diritto dello stato. Dobbiamo tener fermo questo fondamentale carattere del positivismo giuridico, l'accoglimento di una concezione volontaristica del diritto? È necessario, a questo punto, procedere a un rapido chiarimento circa l'uso del concetto di volontà in riferimento alla produzione del diritto, per precisare in che senso si possa parlare di una posizione volontaria del diritto e in che senso si possa attribuire al positivismo giuridico una concezione volontaristica del diritto, legato per definizione a una posizione volontaria: esplicando così infine un'importante nozione di cui abbiamo già avuto a fare ripetuto impiego. La posizione volontaria di una norma, e di una norma giuridica in particolare, può essere intesa in un primo senso come l'espressione nella norma della volontà di una persona, o della concorrente volontà di più persone, che ci si comporti in un certo modo e che dei comportamenti si giudichi in un certo modo: si pone con un atto di volontà la norma perché si vuole il regolamento dei comportamenti stabilito con la norma, c'è una corrispondenza fra la direzione della volontà dell'autore o degli autori della norma e il contenuto regolativo impartito alla norma stessa. Benché nelle analisi del concetto di comando, che ci offre la storia della filosofia morale e giuridica, questa corrispondenza sia stata talora lasciata in ombra (forse perché era sentita come affatto ovvia)[5], a me sembra trattarsi di un elemento essenziale, anche se non esclusivo, del comando e della norma concepita quale comando: chi comanda vuole effettivamente che avvenga quanto egli comanda, il

di norme, portano dunque un significato in cui è riconoscibile una norma. Comprendere come si giunga a questo, come un atteggiamento conformistico degli associati elevi progressivamente il comportamento abituale a regola del comportamento, è problema di psicologia sociale: che una concezione volontaristica della consuetudine falserebbe in partenza.

[5] V. in proposito N. Bobbio, *Comandi e consigli*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1961, pp. 369-90.

comando, la norma giuridica quale comando, serve ad esprimere la sua volontà comunicandola al destinatario o ai destinatari. Il positivismo giuridico nella sua prima fase, l'abbiamo visto, si è orientato verso una concezione della norma giuridica quale comando, del diritto quale insieme di comandi, ma una tale concezione, una concezione volontaristica del diritto in tale senso non può ormai, con una definizione esplicativa in direzione critica, essergli attribuita. Nella cultura e nell'esperienza giuridica moderne, anche nell'ambito del diritto dello stato, anche dove le posizioni e gli atteggiamenti cui ci riferiamo quando parliamo di positivismo giuridico sono prevalenti, la qualità di norme giuridiche è riconosciuta a proposizioni che non sono espressioni di volontà nel senso ora chiarito, nelle quali manca la corrispondenza a una volontà diretta ad ottenere che ci si comporti in un certo modo e dei comportamenti si giudichi in un certo modo; e sulle e con le proposizioni, considerate norme giuridiche, si opera in maniera diversa da quella che converrebbe ai comandi, la ricerca, attraverso le espressioni normative, e l'applicazione della volontà che le ha poste. In accordo con ciò gli autori, che pur vanno ancora sotto il nome di giuspositivisti, hanno per lo più abbandonato la concezione della norma giuridica quale comando e del diritto quale insieme di comandi per una concezione della norma giuridica quale giudizio o proposizione prescrittiva depsicologizzata e del diritto quale sistema di giudizi o di proposizioni prescrittive depsicologizzate. Attribuire al positivismo giuridico, con la nostra definizione esplicativa in direzione critica, una concezione della norma giuridica quale comando, una concezione volontaristica del diritto nel senso ora chiarito, sarebbe riportarlo alle sue forme più vecchie, metterlo decisamente fuori del tempo e renderlo inaccettabile, per palese inadeguatezza, da quella cultura giuridica contemporanea cui pretende di far da guida.

C'è però un secondo senso in cui può essere intesa la posizione volontaria di una norma e può essere intesa la concezione volontaristica del diritto, legato per definizione a una posizione volontaria. Di una norma, e di una norma giuridica in particolare, può ancora dirsi appropriatamente

che è di posizione volontaria quando, pur mancando eventualmente una volontà corrispondente al contenuto della norma, è però voluta la posizione della norma stessa: la volontà onde deriva la norma non è forse immediatamente volta ad ottenere, attraverso la norma, che ci si comporti in un certo modo e dei comportamenti si giudichi in un certo modo, ma è volta almeno, magari senza o con una scarsa consapevolezza del suo contenuto, a porre la norma che regolerà i comportamenti e costituirà il criterio per giudicarne. Nella teoria del negozio giuridico gli studiosi del diritto privato hanno elaborato la distinzione fra volontà della dichiarazione e volontà del contenuto della dichiarazione: riprendendo tale distinzione diremo che c'è posizione volontaria di una norma quando c'è almeno, se non la volontà del contenuto, la volontà della dichiarazione normativa. In un'assemblea parlamentare, per esempio, i componenti dell'assemblea, o una parte di essi, votano in favore di una legge seguendo le istruzioni del partito cui appartengono senza conoscerne e quindi senza volerne il contenuto: sarebbe certamente falsa l'affermazione che le norme della legge esprimano una loro volontà diretta ad ottenere che ci si comporti in un certo modo e dei comportamenti si giudichi in un certo modo, ma si può affermare che, sia pure per motivi estranei alla volontà del contenuto, essi hanno voluto quelle norme, la posizione delle norme c'è stata per un loro atto di volontà. Un simile caso ed i molti casi analoghi che l'esperienza giuridica continuamente ci presenta possono essere coperti mediante il concetto di posizione volontaria di una norma ora prospettato, il concetto implicante che la norma sia posta con l'atto di volontà di una persona, o con gli atti di volontà di più persone collegati in un procedimento (con un meccanismo che richieda la concordanza dei vari atti di volontà, o con un meccanismo che nel caso di discordanza dia prevalenza a un dato atto o a dati atti sugli altri), atti di volontà concernenti appunto la posizione della norma e non necessariamente accompagnati dalla volontà del suo contenuto [6]. Un tale concetto di posizione volon-

[6] V. a proposito di quanto precede H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 29 ss.

taria di una norma giuridica presenta il grosso vantaggio di non pregiudicare la questione del metodo nell'interpretazione della norma, vincolandoci a ricercare nella norma una volontà, volontà del contenuto, che vi sia espressa: una volontà del contenuto della norma può anche non esserci, o esser diversa nei vari soggetti che con i loro atti di volontà hanno partecipato alla posizione della norma: si tenderà invece nell'interpretazione a determinare il significato dei segni con cui la norma è formulata, e la ricerca della volontà del contenuto nell'autore dell'atto o negli autori degli atti di volontà onde la norma promana potrà essere al massimo una delle vie, uno dei mezzi per la determinazione di quel significato. Intesa la posizione volontaria di una norma in questo senso, dobbiamo dunque con la nostra definizione esplicativa in direzione critica attribuire al positivismo giuridico quale nota essenziale una concezione volontaristica del diritto, che lo leghi per definizione a una posizione volontaria? La mia risposta è affermativa: essendoci a mio giudizio, come ho già anticipato, una profonda connessione fra il trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico e quei modi di produzione volontaria del diritto che hanno trovato nello stato, nello stato moderno, la loro attuazione più piena, e potranno ricostituirsi in organizzazioni politiche che ripetano i caratteri fondamentali dell'organizzazione politica dello stato moderno: primo fra tutti il prevalere e il manifestarsi di una volontà politica nella forma della legge.

Ricordiamo quanto si è avuto a dire circa il trattamento del diritto, come insieme di norme poste da esseri umani, proprio del positivismo giuridico: il compito che ci si propone è quello di intenderne le norme, traendone una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne; e nella scienza ridurle a sistema, nella pratica farne applicazione. Questo modo di accostarsi alle norme del diritto presuppone che abbiano avuto luogo dei processi di sufficiente determinazione delle norme stesse, determinazione sufficiente perché le norme possano essere concepite come (almeno entro certi limiti) qualcosa di dato, qualcosa che si deve, appunto, intendere, riconoscendolo per quel che è, e non creare o ricreare a piacer proprio. Tali processi di determinazione

comportano due specie di operazioni. Bisogna, in primo luogo, che una norma venga espressa per mezzo di segni stabili nell'aspetto fisico e capaci di durare nel tempo, e abbastanza precisi e costanti nel significato da fare della norma (almeno entro certi limiti) un dato incorporato in essi, accertabile oggettivamente. I segni stabili nell'aspetto fisico e capaci di durare nel tempo si ottengono mediante la scrittura in una o in un'altra sua forma (non è da escludere, naturalmente, che si ravvisi un giorno la convenienza di sostituire la scrittura nelle sue funzioni con segni di genere diverso); i significati abbastanza precisi e costanti possono essere tratti dal linguaggio comune o, ancor meglio, da un linguaggio tecnico appositamente foggiato, comunicante o non comunicante con il linguaggio comune [7]. Non basta, però, per costituire alla scienza ed alla pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico il loro dato, che una norma sia espressa nel modo ora detto: occorre che la norma così espressa sia identificata come quella che, essa e non altre, è destinata a guidare il comportamento ed a fornire i criteri per giudicarne: e questo avviene attraverso la posizione della norma con un atto di volontà, volontà di quella norma a preferenza di ogni altra norma possibile. La posizione volontaria concorre alla determinazione della norma da cui la scienza e la pratica del diritto devono muovere fissando qual è tale norma, l'espressione della norma per mezzo di segni stabili nell'aspetto fisico e capaci di durare nel tempo e abbastanza precisi e costanti nel significato vi concorre determinandone il contenuto. Va da sé che le due operazioni possono anche esser compiute separatamente (si può ben porre con un atto di volontà norme espresse nella labile forma del discorso orale, e norme dal contenuto incerto, così come è possibile esercitarsi a formulare con precisione per iscritto norme, che nessun atto di volontà venga a porre), ma nella vita del diritto la posizione volontaria delle norme e la loro formulazione per iscritto con lo sforzo, per lo meno con un qualche sforzo, di precisarne il

[7] Circa la tendenza a fare del linguaggio giuridico un linguaggio chiuso e circa le ragioni per cui esso è e probabilmente rimarrà un linguaggio tecnico, ma comunicante con il linguaggio comune, v. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 64 ss.

contenuto, vanno pressoché costantemente insieme, tanto che la storia del linguaggio giuridico ci mostra come i due concetti di diritto volontario e di diritto scritto siano spesso fungibili e tendano a identificarsi. Si vuole una norma per regolare in un certo modo certi rapporti sociali, e si cerca coerentemente di fermarla in segni stabili e duraturi e di precisarne il contenuto mediante significati abbastanza precisi e costanti. Alla formulazione della norma potrà provvedere quegli stesso che con un atto di volontà la pone, ed allora la volontà della norma sarà anche volontà del suo contenuto; oppure potrà accadere che la norma nella sua formulazione sia predisposta da un soggetto diverso dal soggetto che con un atto di volontà la pone o contribuisce a porla, e in tal caso alla volontà della norma, nel senso più in alto chiarito, potrà non accompagnarsi la volontà del contenuto della norma. Quale che sia, in ogni modo, nei processi di produzione delle norme il rapporto tra la formulazione e la posizione delle norme stesse, resta che la posizione volontaria e la formulazione per iscritto con uno sforzo di precisazione del contenuto sono normalmente connessi e concorrenti a fare delle norme (almeno entro certi limiti) un dato incorporato nei segni con cui sono espresse e accertabile oggettivamente. Da un simile dato il positivismo giuridico, con il suo trattamento del diritto, non può disgiungersi: al di fuori di esso, al di fuori di processi che fissino le norme, ne precisino il contenuto e le fermino nel tempo, la concezione del trattamento del diritto propria del positivismo giuridico non tiene più, il modello metodologico da esso proposto non può funzionare: si aprono davanti al giurista teorico e pratico margini di scelta così ampi, che la sua attività prende un carattere largamente creativo e la metodologia giuridica non può disconoscere questo carattere se non, per riprendere un'espressione di Austin contro Blackstone, con una finzione infantile. Abbiamo visto, infatti, come il positivismo giuridico si sia sviluppato ed affermato in un contesto con la trasformazione dei modi di produzione del diritto verso la supremazia della legislazione, modo di produzione volontario e in forma scritta, o seguendo o contribuendo a provocare questa trasformazione; e dove è ri-

masto una posizione teorica troviamo però in esso, e con un'importanza centrale, la richiesta della trasformazione dei modi di produzione del diritto nel medesimo senso. E abbiamo ancora avuto a considerare come uscendo dal campo in cui opera la produzione del diritto volontaria e scritta il positivismo giuridico dia luogo ad un profondo disagio metodologico ed eserciti una spinta nella direzione di quel modo di fare le norme. Elevando le norme del diritto positivo dello stato moderno a dato privilegiato, da intendere per trarne una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, il positivismo giuridico si è messo al servizio della volontà politica prevalente nell'organizzazione politica dello stato moderno, e nel far questo ha assunto un atteggiamento ed elaborato un metodo che presuppongono la produzione volontaria del diritto e la forma che ne è propria: o nell'organizzazione politica dello stato moderno o in tipi di organizzazione politica che di quella ripetano il modo di produzione del diritto. I diversi modi di posizione di norme sono destinati, nei sistemi giuridici che si conformino ai princìpi del positivismo giuridico, a scomparire o ad essere relegati in una funzione marginale, costituendo nel dato della scienza e della pratica del diritto un caso d'eccezione, e la validità delle norme altrimenti poste derivando dalle norme di posizione volontaria.

La questione, se la nostra definizione esplicativa in direzione critica dovesse attribuire al positivismo giuridico quale nota essenziale una concezione volontaristica del diritto, ha dunque ricevuto una risposta affermativa: il trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico ha come necessario presupposto il dato costituito dalla produzione volontaria (nel senso chiarito) delle norme giuridiche, espresse in forma scritta e con uno sforzo di precisarne il contenuto mediante significati abbastanza precisi e costanti. In base ad analoghe considerazioni mi sembra da risolvere l'altra questione, che gli sviluppi delle dottrine giuridiche ci suggeriscono, la questione se con la nostra definizione esplicativa in direzione critica si debba attribuire al positivismo giuridico quale nota essenziale una concezione del diritto, posto da esseri umani con atti di volontà, per cui siano necessariamente presenti

nelle norme giuridiche i caratteri della generalità e dell'astrattezza: chiamando norme generali quelle che si rivolgono ad una classe di persone (norme individuali, in contrapposto, quelle che si rivolgono a un individuo) e norme astratte quelle che regolano una classe di azioni (norme concrete, in contrapposto, quelle che regolano un'azione singola). Sono note le vicende di questi caratteri della generalità o individualità, astrattezza o concretezza nella teoria della norma giuridica: attraverso molte incertezze e confusioni terminologiche si son formate da una parte la tesi, tralatizia nei manuali istituzionali, che le norme giuridiche devono essere generali ed astratte, dall'altra parte la tesi, accolta dai teorici più aperti ed avanzati, che possono rientrare fra le norme giuridiche anche norme individuali e norme concrete. Senza voler qui impegnarmi in un approfondito esame del problema, croce e delizia della filosofia e della teoria generale del diritto, dei caratteri delle norme giuridiche, osservo come il trattamento del diritto, proprio del positivismo giuridico, sia compatibile tanto con la tesi che la generalità e l'astrattezza siano caratteri necessari delle norme giuridiche, quanto con la tesi che possono chiamarsi norme giuridiche anche norme individuali e norme concrete; ma come sia presupposto di quel trattamento del diritto che, se pur ci sono nel diritto norme individuali e concrete, ci siano però prima di tutto norme generali ed astratte. Al positivismo giuridico, in altri termini, si può non attribuire quale nota essenziale una concezione della norma giuridica necessariamente generale ed astratta; ma va attribuita quale nota essenziale una concezione del diritto per cui il diritto, se può comprendere anche norme individuali e concrete, deve però necessariamente comprendere norme generali ed astratte. Ammesso che sia pensabile un diritto formato solo di norme individuali e concrete, per esempio le norme individuali e concrete poste da giudici nella risoluzione di controversie fra individui con oggetti concreti (ma le norme attributive del potere ai giudici farebbero probabilmente eccezione ai caratteri dell'individualità e della concretezza, e quando i giudici fossero investiti del potere caso per caso sarebbe pur sempre generale ed astratta la norma regolante il modo di investirli del

potere), ammesso quanto sopra, davanti a quella pluralità di norme individuali e concrete non sarebbe possibile mantenere l'idea giuspositivistica della pratica del diritto quale applicazione di un diritto esistente e della scienza del diritto quale conoscenza di un tale diritto, preparatrice della pratica: il diritto sarebbe creato di volta in volta, il diritto di volta in volta creato rimarrebbe chiuso nella individualità e concretezza di ogni norma. E se poi in questo diritto fatto di norme individuali e concrete si introducesse la norma di *stare decisis*, o una qualsiasi norma tendente a vincolare le norme poste successivamente alle norme poste in precedenza, una simile norma sarebbe ovviamente una norma generale ed astratta: che non basterebbe tuttavia a costituire alla scienza ed alla pratica del diritto nel senso del positivismo giuridico un idoneo dato da cui muovere. Il passaggio da caso a caso in un sistema giuridico fondato sul precedente involge infatti l'affermazione, almeno implicita, di una norma generale ed astratta, tale da coprire entrambi i casi, servendo quale ponte dal primo al secondo: e risalire da un caso particolare ad una norma generale ed astratta richiede un procedimento induttivo e decisioni intorno agli aspetti rilevanti del caso, elevabili a tipo nella norma generale ed astratta [8]. Il trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico presuppone che il diritto sia già di per sé arrivato alla generalità ed all'astrattezza, sia formato di norme generali ed astratte, e non solo nelle norme attributive di potere, determinative delle condizioni di validità delle norme, ma nelle norme di comportamento, in maniera da poter concepire la pratica del diritto come applicazione a individui ed azioni singole di norme date, destinate a classi di persone ed a quegli individui in quanto membri della classe e relative a classi di azioni ed a quelle azioni in quanto membri della classe; e poter concepire la scienza del diritto come conoscenza di tali norme e preparazione della pratica. Teorizzare l'applicazione delle norme generali ed astratte impiegando oppur no i concetti di norma individuale e di norma concreta è poi questione di opportunità nei contesti semantici

[8] V. in materia R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1961, passi indicati nell'indice analitico sotto « ratio decidendi ».

in cui si opera; ma anche adottando tale posizione teorica, e rappresentando l'applicazione delle norme generali ed astratte quale passaggio da queste norme a norme individuali e concrete, non si dovrebbe dimenticare che in tanto si resta nelle prospettive del positivismo giuridico in quanto si intenda che le norme individuali e concrete sono ricavate, con riferimento a casi particolari, da norme generali ed astratte preesistenti. Il positivismo giuridico, dunque, è legato strettamente alla generalità ed all'astrattezza del diritto e le norme individuali e concrete, se ne vogliamo ammettere il concetto, troveranno normalmente posto in un sistema giuridico conforme ai canoni del positivismo giuridico come applicazione di norme generali ed astratte; anche se, è ovvio, ci sarebbe soverchio rigore nel negare l'etichetta di positivistico a un sistema giuridico ove (siccome succede di fatto anche nei sistemi più strettamente positivistici) si introducessero eccezionalmente norme individuali e concrete non ricavabili da norme generali ed astratte. L'aspetto del diritto ora illustrato, cui il positivismo giuridico è congiunto in maniera indissolubile, è stato sovente presupposto in quanto si è detto in precedenza intorno al positivismo giuridico stesso ed al suo trattamento del diritto: metterlo in risalto illumina una volta di più la connessione fra il positivismo giuridico e il modo di produzione del diritto che ha trovato nello stato moderno la sua attuazione più piena, e potrà ricostituirsi in organizzazioni politiche che ripetano i caratteri fondamentali dell'organizzazione politica dello stato moderno, la legislazione.

Del carattere sistematico con cui il diritto si presenta nella concezione del positivismo giuridico, alla scienza ed alla pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico, e dei caratteri specifici dei sistemi di diritto positivo si è già parlato ampiamente, proprio nell'analisi della struttura di un sistema di diritto positivo e nella discussione relativa al principio fondamentale del sistema avendo trovato le ragioni decisive per accogliere l'interpretazione politica del positivismo giuridico. Se, nelle prospettive del positivismo giuridico e nel senso sopra chiarito, possiamo dire che una norma viene in esistenza in quanto è posta con un atto di volontà, quella norma

entra a far parte di un sistema di diritto positivo, è valida nel sistema, in quanto con l'atto di posizione sono soddisfatte le condizioni previste da una norma già appartenente al sistema e attributiva, a tali condizioni, della validità alla norma di cui si tratta. In un sistema di diritto positivo ci sono, come specie principale di norme, accanto alle norme che impongono doveri di comportamento, queste norme determinative delle condizioni di validità, e determinative in particolare delle condizioni della validità delle norme nel sistema. Le norme determinative delle condizioni della validità delle norme nel sistema sono a loro volta valide alle condizioni determinate da altre norme della stessa specie già appartenenti al sistema, e così su su, fino ad una norma o a delle norme prime, poste in un modo non regolato da alcuna norma già appartenente al sistema, che possono essere considerate valide, dandosi così l'avvio alla catena dei giudizi di validità nel sistema, soltanto con l'accettazione del principio fondamentale del sistema. L'accettazione, dal punto di vista interno, a rendere possibili i giudizi di validità nel sistema, dipende da una scelta politica di fronte al sistema.

Ad integrazione di quanto siamo venuti in tal maniera a mettere in chiaro circa la scelta politica inerente alla pratica ed alla scienza del diritto di indirizzo giuspositivistico, e continuando il discorso per la definizione del positivismo giuridico, giova ora soffermarsi un momento su due ulteriori caratteri che nel positivismo giuridico vengono generalmente attribuiti ai sistemi di diritto positivo: il carattere della coerenza e il carattere della completezza. L'esigenza della coerenza, innanzi ad un sistema di norme, non è per vero esclusiva del positivismo giuridico, ma è un'esigenza comune nella cultura giuridica e fuori della cultura giuridica. Perfino il più volontarista dei filosofi, nel riconoscere alla volontà più alta, la volontà divina, il potere più pieno di comandare, mette alla potenza di Dio come unico limite il principio di non contraddizione, poiché Dio non può rivolgere contemporaneamente due comandi contraddittori allo stesso uomo [9].

[9] Mi riferisco a Guglielmo di Occam. V. in proposito G. Fassò, *Il*

Nel positivismo giuridico coerenza di un sistema di diritto vuol dire che, o le norme del sistema sono già di per sé coerenti, o vengono rese coerenti eliminandone le antinomie: e viene elaborata, nel solco di un'antica tradizione nel metodo giuridico, una serie di criteri appunto per l'eliminazione delle antinomie. A me interessa ora sottolineare il fondamento pragmatico della preoccupazione, manifestata nell'elaborazione dei criteri per l'eliminazione delle antinomie, che un sistema di diritto positivo, se non è coerente, possa essere restituito a coerenza. Le antinomie non sono qui tra proposizioni vere o false, non consistono nella contemporanea pretesa a verità di proposizioni incompatibili; bensì intercorrono fra proposizioni con la funzione di guidare la condotta e di costituire il criterio per giudicarne; e consistono in ciò, che uno stesso comportamento sia obbligatorio e vietato, obbligatorio e facoltativo, vietato e lecito. Quella che viene meno, in simili casi, è la funzione pratica delle norme, non potendo darsi l'attuazione dell'una e dell'altra norma confliggente e rimanendo incerto, fino all'eliminazione dell'antinomia, quale fra le due norme sia da attuare. Tendendo ad eliminare da un sistema di diritto positivo le antinomie, la scienza e la pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico tendono insomma a ricostituire le condizioni della sua funzione pratica nella società e mostrano ancora una volta il loro orientamento pratico, politico [10].

Se l'esigenza della coerenza fra le norme di un sistema è, come ho detto, un'esigenza comune, assai più specifica e caratterizzante è nel positivismo giuridico l'altra tesi sopra richiamata, la tesi che un sistema di diritto positivo è di per sé completo, non presenta lacune. Significa questo che ogni comportamento rientrante nel campo di regolazione del sistema trova nel sistema una qualifica, non c'è comportamento che rimanga inqualificato; che rispetto alla funzione di guida della condotta e criterio per giudicarne, propria delle norme

giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello Stato, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1962, pp. 813-75, alle pp. 827 ss., particolarmente a p. 830.

[10] Sulle antinomie nel diritto v. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino 1959; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, cap. III; *Les antinomies en droit*, di autori vari, Bruxelles 1965.

del sistema, ad ogni comportamento può essere assegnata una determinata posizione, senza che restino comportamenti con posizione indeterminata. A dimostrare la completezza dei sistemi di diritto positivo s'è fatto nel positivismo giuridico, dalla teoria dello spazio giuridico vuoto alla teoria della norma generale esclusiva, un notevole sforzo di logica. A me sembra che all'assunto della completezza di un sistema di norme, o in particolare di un sistema di diritto positivo, si possa dare una formulazione logica abbastanza semplice. Dal punto di vista di un sistema di norme un comportamento o riceve sotto un dato profilo una certa qualifica o non la riceve. Se nel costruire i concetti con cui esprimiamo le qualifiche dei comportamenti rispetto ad un sistema di norme affianchiamo ad ogni concetto esprimente una qualifica positiva un concetto complementare esprimente la qualifica negativa, come assenza della qualifica positiva, ecco che sotto ogni possibile profilo dei rapporti fra i comportamenti e le norme ad ogni comportamento o si approprierà il concetto esprimente la qualifica positiva o si approprierà il concetto complementare esprimente la qualifica negativa. Ho avuto in precedenza a suggerire che le categorie fondamentali del pensiero giuridico, sulle quali può essere costruito il discorso giuridico, sono quella del dovere e quella della validità: un comportamento rientrante nel campo di regolazione di un sistema di diritto positivo o sarà doveroso o (definendo il permesso come assenza di dovere) sarà permesso; o sarà rilevante per un giudizio di validità o (impiegando questo termine per esprimere la qualifica negativa dell'assenza di rilevanza) sarà irrilevante; essendo naturalmente consentito specificare secondo l'opportunità tali qualifiche più generali, a patto di mantenere la complementarità fra i concetti esprimenti le qualifiche positive ed i concetti esprimenti le qualifiche negative. Il linguaggio è nelle nostre mani uno strumento pieghevole, e se gli chiediamo di fornirci rispetto ad un sistema di norme una qualifica per ogni comportamento sotto ogni possibile profilo è pronto ad esaudirci. Il punto, il punto importante, è: perché chiedere al linguaggio, a proposito di un sistema di diritto positivo, un simile servizio? Un uso siffatto del linguaggio in riferimento ad un sistema

di diritto positivo manifesta e realizza un approccio a quel sistema di norme, per cui il sistema funge quanto ai comportamenti che rientrano nel suo campo di regolazione da guida e da criterio di qualificazione esclusivo: cosicché tutti i comportamenti hanno rispetto al sistema sotto ogni possibile profilo una qualifica, o una qualifica positiva o la corrispondente qualifica negativa, come assenza della qualifica positiva. La completezza del diritto positivo è un aspetto della sua esclusività: esclusività che non può essere fondata in via generale in una norma positiva, la norma generale esclusiva, non necessariamente presente in ogni sistema di diritto positivo [11], bensì consiste in un modo di accostarsi al diritto positivo, nell'accostarvisi appunto siccome ad un sistema esclusivo: il modo proprio del positivismo giuridico. L'espressione teorica di tale approccio si può dare con un'integrazione dello schema del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo: il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo comporta che siano tenute valide nel sistema le norme e solo le norme poste nel modo determinato da norme già valide nel sistema, fino ad una prima o a prime norme valide in base al principio fondamentale stesso, e, aggiungiamo, comporta che le qualifiche dei comportamenti rientranti nel campo di regolazione del sistema siano stabilite secondo le e solo le norme del sistema. Ma nel principio fondamentale di un sistema di diritto positivo abbiamo riconosciuto una scelta politica: una scelta politica, o meglio la medesima scelta politica in un suo importante carattere, sta anche in questa integrazione del principio fondamentale, nell'approccio a un sistema di diritto positivo come esclusivo e, in quanto esclusivo, completo. Ciò significa che la scelta è una scelta totale: ci si mette nella scienza e nella pratica del diritto dal punto di vista di un sistema di diritto positivo e dal punto di vista di esso soltanto, rifiutando di mescolarlo con elementi provenienti dall'esterno, respingendo per i comportamenti che rientrano nel suo campo di regolazione ogni qualifica da esso non proveniente. La tesi della completezza del diritto positivo, così chiarita, appare essenziale al posi-

[11] V. al riguardo A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino 1962, pp. 80-1.

tivismo giuridico, una sua implicazione necessaria; mentre rompe con il positivismo giuridico chi ammette che il diritto positivo possa presentare e di fatto presenti delle lacune, sì che una parte dei comportamenti rientranti nel suo campo di regolazione non vi trovino le loro qualifiche e debbano riceverle dal di fuori, dal diritto naturale, da norme e valori sociali etc. Diverso è il caso in cui, ammettendo le lacune del diritto positivo, se ne consenta il riempimento solo attraverso procedimenti di autointegrazione del sistema, quali l'*analogia legis* e l'*analogia juris*. Qui siamo ancora nel positivismo giuridico: ma con una rappresentazione impropria di modalità di sviluppo dei sistemi di diritto positivo. L'*analogia legis* e l'*analogia juris* sono procedimenti che possono essere previsti in un sistema di diritto positivo per tutte o per alcune materie, e sono di solito previsti per alcune materie, esclusi per altre, per l'estensione di norme validamente poste a casi simili a quelli in esse regolati (questo concetto di somiglianza richiederebbe una non facile analisi, in cui ora non vogliamo impegolarci); rimanendo fermo che ogni comportamento rientrante nel campo di regolazione del sistema, o rispetto alle norme quali risultano dopo gli sviluppi analogici, o rispetto alle norme senza sviluppi analogici, se gli sviluppi analogici non sono previsti, ha sotto ogni possibile profilo una qualifica positiva, oppure la corrispondente qualifica negativa, come assenza della qualifica positiva [12].

Su un punto ancora dobbiamo soffermarci nella nostra definizione del positivismo giuridico: sulla questione, se vada considerata nota essenziale del positivismo giuridico una concezione del diritto siccome sistema coercitivo. La caratteristica della coercizione ha avuto nella storia del pensiero giuridico, in ordine alla determinazione del concetto di diritto, una funzione importante, centrale, assai prima dell'avvento del positivismo giuridico; gli autori e le scuole ascrivibili al

[12] Sulla configurazione dei procedimenti di estensione analogica delle norme in un sistema di diritto positivo, considerato completo, restano decisive le pagine di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, cap. II e IV. Per approfondimenti delle questioni ora trattate nel testo rinvio a U. SCARPELLI, *Il permesso, il dovere e la completezza degli ordinamenti normativi (a proposito di un libro di Amedeo G. Conte)*, cit.

positivismo giuridico l'hanno in generale ripresa e mantenuta, benché non siano mancate voci in senso contrario. È stata per lo più analizzata e precisata, questa caratteristica della coercizione, al livello delle norme giuridiche, concludendosi esser proprio delle norme giuridiche l'accoppiamento fra una norma primaria regolatrice di comportamenti e una norma secondaria sanzionante la trasgressione della norma primaria, o identificando addirittura la norma giuridica primaria con la norma istitutiva della sanzione. La tendenza che si è manifestata in tempi recenti fra gli studiosi giuspositivisti è però verso uno spostamento del carattere coercitivo, come carattere del diritto, dalle norme giuridiche al sistema delle norme giuridiche: in un sistema di diritto positivo è comune la combinazione di norme primarie e di norme secondarie sanzionanti la trasgressione di quelle e tale aspetto del sistema può essere messo a base della definizione del concetto di diritto, ma possono appartenere al sistema, se poste validamente, anche norme né sanzionate né istitutive di sanzioni. Mi par certo che, se una concezione del diritto fondata sulla coercizione può avere consistenza, può averla solo in questa nuova prospettiva, in riferimento al sistema (e pertanto sopra ho senz'altro aperto il problema in tali termini): il diritto positivo essendo un sistema, la giuridicità delle singole norme sta nell'appartenenza al sistema e non in loro caratteri intrinseci; e nei sistemi di diritto positivo si incontrano molteplici esempi di norme né sanzionate né istitutive di sanzioni, e ciò inevitabilmente ai livelli più alti di ogni sistema [13].

Per chi considera un sistema di diritto positivo dal punto di vista esterno il carattere coercitivo del sistema significa che questo introduce come fattore specifico per assicurare la propria efficacia la coercizione, e che tale fattore, pur non essendo il solo, è per l'efficacia del sistema di rilevante importanza. Per chi considera un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno il carattere coercitivo del sistema significa che questo si presenta con la particolare struttura, nella quale la trasgressione della maggior parte delle norme

[13] V. in proposito N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., specialmente cap. V; *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., specialmente cap. I.

primarie costituisce la fattispecie cui si collega l'entrata in funzione delle norme secondarie sanzionanti. Bisogna ammettere che il carattere coercitivo, così inteso, si accompagna di fatto in maniera costante nei sistemi di norme ai caratteri che abbiamo fin qui considerato, riconoscendoli come essenziali ad una concezione giuspositivistica del diritto: allo specifico fattore di efficacia della coercizione per i sistemi di norme di posizione volontaria volti a dare struttura ad un'organizzazione politica si potrà rinunciare nell'età felice di là da venire, ma nell'attuale condizione umana sembra amaro destino delle ideologie che tendono all'abolizione della coercizione portare al contrario ad un suo pesantissimo aumento. In relazione a ciò è opportuno mantenere quale componente della concezione giuspositivistica del diritto il carattere coercitivo del diritto stesso: avendo però chiaro che la definizione giuspositivistica del concetto di diritto è venuta ad essere una definizione a rete, la quale, legando il concetto a un designato risultante da più elementi abitualmente compresenti, è destinata ad entrare in crisi quando di tali elementi ne sia presente alcuno e alcun altro assente.

Sarà stato certamente osservato come, dopo avere più volte nel corso del lavoro fatto riferimento al trattamento del diritto proprio del positivismo giuridico, trattamento volto a intenderne le norme traendone una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, dopo aver anzi fatto centro proprio su questo atteggiamento verso il diritto, portandone in luce il fondamento e rilevandone le implicazioni, per cogliere la scelta politica inerente al positivismo giuridico e quindi per stabilirne nelle linee essenziali la concezione del diritto, io non abbia viceversa attribuito un posto, nell'esposizione di questa concezione, a una precisa idea dell'interpretazione giuridica, cioè dello specifico momento in cui il giurista prende contatto con il suo dato, lo riconosce e lo determina come punto di partenza delle operazioni teoriche e pratiche che compie. La ragione dell'omissione è questa: da un lato il positivismo giuridico, una volta abbandonata la concezione della norma quale comando e dell'interpretazione quale ricerca della volontà del contenuto della norma, non può vedere nell'interpretazione giuridica che la deter-

minazione del significato dei segni espressivi delle norme positive, significato dotato di una certa precisione e costanza e affidato a segni stabili nell'aspetto fisico e capaci di durare nel tempo (se tali condizioni mancano si va fuori del positivismo giuridico): ciò emerge da quanto siamo venuti dicendo in precedenza e non c'è bisogno di insistere. Dall'altro lato alla teorizzazione dei criteri e dei modi di determinazione del significato dei segni espressivi delle norme può essere lasciata qualche elasticità. I segni espressivi delle norme abbiano un significato di una certa precisione e costanza: ma fin dove possano e debbano giungere tali qualità e fin dove siano da rispettare e fin dove sia da ammettere entro la struttura di significanza data una virtù innovativa dell'interpretazione, se nella determinazione dei significati l'interpretazione debba esclusivamente o prevalentemente valersi di mezzi lessicali e logici oppur se, entro la struttura di significanza configurata dal lessico e dalla logica, debba fare posto e buon posto a considerazioni teleologiche, se l'interprete debba star chino sulla lettera o vivificare la lettera con lo spirito, tutto questo può costituire pur entro il positivismo giuridico materia di dissenso e di scelte diverse. Scelte, ancora una volta, trattandosi innanzi a vari possibili modi di procedere di decidere come si vuole che l'interprete proceda, scelte orientate da atteggiamenti morali e politici e generalmente culturali, gusto della parola e dei suoi giochi logici, amor di rigore e di simmetria, inclinazione a strutture sociali geometricamente ordinate, o sensibilità alle funzioni ed agli scopi degli istituti, sostanziale preoccupazione dei loro risultati. L'interpretazione e la teoria dell'interpretazione forniscono al positivismo giuridico la valvola di sicurezza, consentendo ad atteggiamenti e valori diversi di trovarvi uno sfogo e di influire sul rendimento e sulle conseguenze del trattamento giuspositivistico di un sistema di diritto positivo.

XII. Il positivismo giuridico come tecnica politica. Diritto e morale

Facciamo il punto. Dopo aver affermato la necessità di una considerazione teleologica del positivismo giuridico; dopo avere rifiutato, nella linea di una considerazione teleologica, l'interpretazione del positivismo giuridico che ne fa primariamente un movimento per la scienza del diritto, e avendo accettato l'interpretazione politica che lo lega all'organizzazione politica dello stato moderno o ad una organizzazione politica che dello stato moderno ripeta i caratteri fondamentali, siamo passati, muovendoci nell'ambito dell'interpretazione politica, a stabilire la nostra definizione del positivismo giuridico, definizione esplicativa in direzione critica con cui penetrare nella varietà della storia del diritto e del pensiero giuridico per afferrare qualcosa di essenziale e costruire nel concetto di positivismo giuridico uno strumento semantico preciso ed efficiente, capace di portare chiarezza ed orientamento. Facendo centro sul trattamento del diritto che ne è proprio abbiamo individuato alcune note essenziali del positivismo giuridico, il suo legame con alcune fondamentali caratteristiche del diritto; cosicché possiamo ora, sulla base del lavoro compiuto, enunciare la definizione in sintesi. Con il concetto di positivismo giuridico, ossia con l'espressione « positivismo giuridico » e con ogni espressione sinonima, designiamo una concezione e definizione del diritto come sistema di norme, norme di comportamento e norme di struttura, poste da esseri umani con atti di volontà, costituito (anche se non esclusivamente) di norme generali ed astratte, coerente o riducibile a coerenza, completo perché esclusivo, coercitivo; un trattamento del diritto, in accordo con tale concezione e definizione del diritto, consistente nel trarre dalle sue norme una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, con un margine di elasticità quanto ai criteri e modi dei procedimenti di determinazione del significato dei segni espressivi delle norme, cioè all'interpretazione; una pratica del diritto che realizza nell'applicazione quel tratta-

mento ed una scienza del diritto volta anch'essa a quel trattamento e così preparatoria della pratica. La definizione cui tendevamo ed ora siamo pervenuti è, l'ho annunciato in principio e l'ho più volte richiamato e sottolineato e l'ho ridetto or ora, una definizione esplicativa in direzione critica; alla quale, pur non volendo tentare le vie della storia e prendere deciso partito riguardo a questioni di storiografia, osservo che potrebbe corrispondere in sede storiografica, con la maggiore elasticità di cui ha bisogno lo storico (ricordiamo quanto si ebbe a dire sulle quasi inevitabili differenze di sfumature tra un'esplicazione in direzione critica ed una esplicazione in direzione storiografica del concetto di positivismo giuridico) una definizione del positivismo giuridico come quel movimento della cultura giuridica che, nella varietà delle sue componenti, porta alla formazione di tale concezione del diritto, di tale trattamento, di tale modo di operare nella pratica e nella scienza del diritto.

Il risultato così raggiunto quanto alla definizione del positivismo giuridico ci riconduce ad un punto che già era stato stabilito attraverso la prima discussione dedicata alle analisi del positivismo giuridico di Hart, Cattaneo e Bobbio: i pezzi del positivismo giuridico scomposti da quegli autori, o gli altri pezzi in cui possa essere scomposto, si riconnettono nel concetto di diritto, e il positivismo giuridico può essere definito unitariamente basandosi sulla sua definizione del concetto di diritto. Abbiamo però acquisito ora, rispetto ad allora, due vantaggi. Un vantaggio è quello della maggior precisione ottenuta nella definizione giuspositivistica del concetto di diritto, e grazie a ciò nella definizione del positivismo giuridico stesso. Il secondo, grosso vantaggio, avendo determinato la definizione giuspositivistica del concetto di diritto nella linea e nell'ambito dell'interpretazione politica del positivismo giuridico, è quello che, mentre riusciamo nella definizione del positivismo giuridico in base alla sua definizione del concetto di diritto, vediamo con piena chiarezza la funzione pragmatica di tale definizione del concetto di diritto, la sua portata orientativa. Una definizione, e vieppiù una definizione generale del campo di un universo di discorso, non è mai neutrale, indifferente, ha sempre una

portata orientativa. O meglio: una definizione può esser neutrale nei suoi termini, in quanto sia stabilita mediante termini avalutativi, le cui condizioni d'applicazione siano accertabili oggettivamente, al di fuori delle preferenze soggettive: tali sono le definizioni scientifiche. Ma anche una definizione scientifica determina un concetto in un certo modo perché il suo referente ci interessa o ci serve in quel certo modo, essendo il dato o lo strumento di un'intenzione; la definizione manifesta e convoglia l'intenzionalità relativa al referente del concetto definito; la definizione generale scientifica del campo di un universo di discorso scientifico manifesta e convoglia un'intenzione di lavoro in quel campo determinato in quel certo modo. Quando poi la definizione determina il campo di una scienza e di una pratica normative operanti rispetto a norme da un punto di vista interno, quando identifica le norme che costituiranno il dato da cui trarre una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, allora la definizione manifesta e convoglia l'accettazione di quelle norme in ordine al trattamento che ad esse sarà dedicato dal punto di vista interno. La definizione generale del diritto propria del positivismo giuridico, precisando le condizioni di riconoscimento delle norme del diritto positivo, sulle quali e muovendo dalle quali operano dal punto di vista interno la scienza e la pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico, esprime e trasmette l'orientamento politico generale del positivismo giuridico e per questo, appunto per questo, è profondamente caratterizzante del positivismo giuridico e può far da base alla definizione del positivismo giuridico stesso. La definizione giuspositivistica del concetto di diritto dirige la scienza e la pratica del diritto, una scienza e una pratica del diritto operanti da un punto di vista interno, a mettersi al servizio del diritto positivo come sistema di norme poste con atti di volontà da esseri umani, al servizio della volontà politica che nel diritto positivo trova la sua forma. Quest'orientamento politico generale avrà poi la sua specificazione nell'accettazione del principio fondamentale del singolo sistema di diritto positivo, in cui volta a volta la scienza e la pratica del diritto di indirizzo giusposi-

tivistico procederanno ai loro giudizi di validità e compiranno le loro operazioni.

Ma quale senso ha, dopo quanto abbiamo detto sul carattere degli atti di volontà con cui vien posto il diritto, continuare a parlare, come se n'era parlato in precedenza, di una volontà politica che trova forma nel diritto positivo? La volontà politica non può più essere intesa come la volontà del contenuto delle norme da parte di un individuo o di una pluralità di individui che nella società abbiano ed esercitino un potere sovrano. C'è però un altro possibile significato del concetto di volontà politica, più conforme, mi sembra, agli orientamenti del pensiero politico moderno: la volontà politica è costituita dai valori, dalle scelte, dai programmi e dalle prescrizioni di comportamento che, espressi in un certo modo, a certe condizioni possono essere imputati alla società intera, possono essere considerati come la volontà generale della società politicamente organizzata. Un sistema di diritto positivo, attraverso le sue norme di struttura, fornisce la determinazione delle condizioni alle quali i valori, le scelte, i programmi, le prescrizioni, espressi nelle norme del diritto positivo medesimo, dovranno esser considerati volontà generale, costituiranno nella società regolata da quel diritto la volontà politica: l'accettazione del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo involge prima di tutto l'accettazione di certi procedimenti di formazione e di certe condizioni di riconoscimento della volontà politica. È caratteristica fondamentale di un sistema di diritto positivo secondo la concezione propria del positivismo giuridico che la volontà politica si manifesti ai livelli più alti del sistema in norme generali ed astratte. Possiamo dire allora che il positivismo giuridico, con la concezione del diritto che abbiamo messo in chiaro, comporta una presa di partito in favore di una particolare tecnica di formazione e di espressione della volontà politica, la tecnica per cui la volontà politica si forma attraverso procedimenti regolati da norme giuridiche positive di struttura e si esprime in norme generali ed astratte. Mettendo la scienza e la pratica del diritto al servizio della volontà politica, in tale senso, il positivismo giuridico completa e corona quella tecnica politica, la integra con la corri-

spondente tecnica dall'altra parte, dalla parte onde si vedono le norme del diritto già stabilite. Il trattamento del diritto positivo proprio del positivismo giuridico, il metodo della scienza e della pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico, tendendo a trarre dalle norme del diritto positivo una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, sono un aspetto, una faccia della tecnica politica che vuole realizzare il controllo sociale mediante una produzione regolata di norme generali ed astratte e una disciplina e qualifica dei comportamenti in conformità a tali norme. Il positivismo giuridico è il movimento della cultura giuridica che dà il giurista atto a realizzare dalla sua parte una simile tecnica politica: la tecnica politica dello stato moderno o di un'organizzazione politica che dello stato moderno ripeta i caratteri fondamentali.

L'interpretazione politica del positivismo giuridico ci ha portati a vedere connessi e rifusi, con le revisioni e i ripensamenti opportuni, gli elementi che al principio considerammo distinti sotto il nome di positivismo giuridico nelle analisi di Hart, Cattaneo e Bobbio. C'è però un tema, trattato e sottolineato da quegli autori, tema di grande importanza per il positivismo giuridico e per la filosofia del diritto in generale, in cui devon essere dedicate alcune ulteriori riflessioni, cui giova un ulteriore chiarimento: il tema della separazione o della connessione, il tema dei rapporti fra il diritto e la morale, o, più genericamente, fra il diritto ed i valori alla luce dei quali il diritto stesso può essere valutato. L'assenza di una necessaria connessione fra il diritto e la morale, o fra il diritto com'è e il diritto come dovrebbe essere; la separazione fra il diritto e la morale sui tre piani della teoria del diritto, della realizzazione del diritto e della legislazione; la distinzione fra la conoscenza del diritto com'è, grazie ad un approccio scientifico che conduce ad una teoria scientifica del diritto, e l'ideologia relativa al diritto sono tre modi, tre formule con cui Hart, Cattaneo e Bobbio riaffermano e ripropongono la tesi, comunemente ritenuta essenziale al positivismo giuridico, la più caratteristica del positivismo giuridico, della separazione fra il diritto e la morale, fra il diritto ed i valori alla luce dei quali si

valuta il diritto. Una cosa il diritto che c'è, un'altra cosa il diritto che, secondo i nostri giudizi di valore, ci dovrebbe essere o vorremmo che ci fosse. Avviando la discussione delle posizioni di Hart, Cattaneo e Bobbio, e cercando di cominciare ad illuminare la funzione unificatrice che nel positivismo giuridico hanno il concetto di diritto e la sua definizione, anche noi presupponemmo una distinzione fra la scienza e la pratica del diritto da una parte e la valutazione del diritto dall'altra parte: distinzione che sembra a prima vista corrispondere nella maniera più esatta all'esperienza del positivismo giuridico, nella quale i giudizi di validità, i giudizi di dovere, i giudizi in generale interni ad un sistema di diritto positivo e in relazione alle norme di questo non si confondono con i giudizi di valore sulle norme del sistema, sul sistema intero e sui risultati della loro applicazione. Senonché, strada facendo, le cose per noi si sono alquanto complicate. Fu detto e sottolineato fin dal principio esser propria del positivismo giuridico una definizione del concetto di diritto avalutativa, che fa del diritto un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia: e tale è in effetti la definizione del concetto di diritto che abbiamo attribuito al positivismo giuridico, attraverso la quale abbiamo definito il positivismo giuridico stesso. I termini con cui la definizione è formulata sono avalutativi, non c'è nella definizione nessun riferimento ai contenuti delle norme del diritto ed ai valori che tali contenuti possono assumere alla luce di una morale o ideologia. Ma di questa definizione formalmente neutrale, senza riferimenti a contenuti normativi ed al valore di contenuti normativi, noi conosciamo ormai la funzione pragmatica, la portata orientativa: essa ci appare impregnata di valore e il positivismo giuridico ci appare per essa impregnato di valore, carico di una scelta politica, intimamente legato ai giudizi di valore che possono sostenere la sua scelta politica. Come si conciliano l'uno e l'altro aspetto del positivismo giuridico, l'atteggiamento verso il diritto espresso nella definizione del concetto di diritto formalmente neutrale, avalutativa, che par separare il diritto dalla morale,

e l'impegno politico sostenuto da valori morali e ideologici rivelato proprio dall'esame della funzione pragmatica di tale definizione? La questione, che sta veramente nel cuore del positivismo giuridico, si risolve a mia opinione così: è inerente al positivismo giuridico una scelta politica, ma la scelta politica è scelta del diritto positivo identificato attraverso le sue caratteristiche formali, è scelta di una scienza e di una pratica del diritto che, una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto, fuor di quelli che intervengano, nei limiti in cui vi siano ammessi, nell'interpretazione. La scelta del positivismo giuridico è una scelta generale, scelta generale del diritto positivo e del metodo positivo nella scienza e nella pratica del diritto, scelta generale di rinunciare alle scelte particolari di fronte ai particolari contenuti che il diritto positivo ha o può assumere. Rispetto alle scelte particolari concernenti i particolari contenuti del diritto positivo la scelta del positivismo giuridico è una scelta di secondo grado, che quelle scelte particolari elimina piegandosi al diritto positivo ed ai suoi contenuti una volta per tutte. Il positivismo giuridico si fonda insomma su una scelta politica, legata come tale a valori morali e ideologici, che rimuove essa stessa dalla scienza e dalla pratica del diritto le scelte politiche; il positivismo giuridico si appoggia a giudizi di valore che portano alla costituzione di un universo scientifico e pratico, l'universo della scienza e della pratica del diritto, in cui non hanno posto i giudizi di valore, bensì soltanto giudizi di validità e giudizi di qualificazione in base alle norme valide. La separazione fra il diritto e la morale, fra il diritto ed i valori alla luce dei quali si valuta il diritto, è in effetti essenziale al positivismo giuridico, ma bisogna vedere che tale separazione ha radice in un atto morale, in un atto politico, in una valutazione: i giudizi interni ad un sistema di diritto positivo si distinguono dai giudizi di valore sul sistema e le sue norme al livello di discorso che ne è proprio, ma al livello superiore, dove la distinzione viene istituita, la distinzione stessa scaturisce dai giudizi di valore che sostengono la scelta generale del positivismo giuridico. È la morale, in una parola, che separa il diritto dalla morale,

la morale al livello di una scelta generale che separa il diritto, la scienza e la pratica del diritto dalla morale al livello delle scelte particolari di fronte ai contenuti del diritto. La definizione del concetto di diritto, propria del positivismo giuridico, ha una funzione pragmatica, una portata orientativa corrispondenti alla scelta generale del positivismo giuridico, mentre il suo aspetto neutrale, la formulazione in termini avalutativi corrispondono alla direzione e all'oggetto della scelta, il diritto identificato attraverso le sue caratteristiche formali, quali che ne siano o ne possano essere i contenuti.

Una definizione esplicativa, come dicemmo nel primo capitolo, muove dagli usi linguistici passati per volgersi agli usi linguistici futuri, chiarisce, precisa, eventualmente riforma un significato ricevuto dall'uso precedente per ottenere uno strumento semantico che non ci tagli fuori dalle idee di ieri e ne consenta però un riesame critico, per disporre di un concetto utile a riproporre e risolvere i problemi che ci derivano dalla tradizione della nostra cultura nella loro rilevanza attuale. La definizione esplicativa del concetto di positivismo giuridico, cui siamo pervenuti, rimane in linea, io credo, con gli usi del passato: attraverso la varietà delle fondazioni e delle analisi, nel cuore del positivismo giuridico c'è sempre l'idea del giurista che conosce ed applica il diritto positivo senza sovrapporvi i suoi valori morali e politici. In questo nucleo centrale la definizione stabilita fissa e mette a fuoco una scelta politica ed una tecnica politica. Una tale scelta, una tale tecnica, che già sembravano gloriosa eredità, patrimonio prezioso e saldo della cultura giuridica, sono ancora prevalenti fra i giuristi del nostro e d'altri paesi, ma per molti segni appariscono in crisi. Dobbiamo perseverare nella scelta, dobbiamo mantenere la tecnica del positivismo giuridico? Ecco, grazie a quella definizione, in tutta la sua importanza e gravità, il problema attuale del positivismo giuridico.

XIII. Conclusione

« ... una crisi nell'amministrazione della giustizia, che oltrepassa le abituali deficienze della coscienza morale cristiana. Le cause immediate di tale crisi sono da ricercarsi principalmente nel positivismo giuridico e nell'assolutismo di stato; due manifestazioni che alla lor volta derivano e dipendono l'una dall'altra. Sottratta infatti al diritto la sua base costituita dalla legge divina naturale e positiva, e per ciò stesso immutabile, altro non resta che fondarlo sulla legge dello stato come sua norma suprema, ed ecco posto il principio dello stato assoluto. Viceversa questo stato assoluto cercherà necessariamente di sottomettere tutte le cose al suo arbitrio, e specialmente di far servire il diritto stesso ai suoi propri fini. Il positivismo giuridico e l'assolutismo di stato hanno alterato e sfigurato la nobile fisionomia della giustizia, i cui fondamenti sono il diritto e la coscienza... » [1].

La dura condanna del positivismo giuridico, indissolubilmente congiunto all'assolutismo di stato, pronunciata da Pio XII in nome della legge divina naturale e positiva, segna una strada, che una parte della cultura giuridica italiana ha percorso dopo la guerra; anche se non tutti i giuristi che si sono messi su questa strada hanno avuto la coerenza e il coraggio necessari per percorrerla sino in fondo. Mentre, infatti, Pio XII, nella linea di una grande tradizione cattolica, al positivismo giuridico e al diritto positivo figlio del tempo contrappone con intransigente fermezza un diritto divino naturale e positivo immutabile, parecchi giuristi hanno innalzato il vessillo del diritto naturale, ma procacciando in vari modi di riconciliare il diritto naturale con la storia e il cangiar della storia, di caricarlo di positività, sì da potere, insomma, dichiararsi giusnaturalisti e non allontanarsi trop-

[1] Pio XII, « Diritto e coscienza. Le norme oggettive del diritto - Per la inaugurazione dell'Anno Giuridico al Tribunale della Sacra Romana Rota - 13 novembre 1949 », in *Discorsi agli intellettuali (1939-1954)*, Roma 1955, pp. 209-14, v. alle pp. 209-10.

po tuttavia dall'usato modo di studiare e praticare il diritto, nutrito di positivismo giuridico. Nonostante questi temperamenti e compromessi si può ben parlare, come in effetti si parla, di una rinascita del giusnaturalismo in Italia dopo la guerra, di un giusnaturalismo cattolico principalmente; cui s'è affiancato in altri paesi, soprattutto in Germania, il rifiorire di un giusnaturalismo o cattolico o protestante; laddove assai poche sono rimaste le voci di un nuovo giusnaturalismo laico. L'avversario d'obbligo del rinato giusnaturalismo, la sua testa di turco, è appunto il positivismo giuridico, accusato, come nel passo citato da Pio XII, di complicità con l'assolutismo di stato, la tirannide di quest'epoca; accusato di avere spento nei giuristi la protesta della coscienza e di averli ridotti a passivi strumenti della malvagia volontà degli Hitler e Mussolini, cui invece il giusnaturalismo sarebbe stato valida barriera, se non fosse la disgraziata circostanza che la sua rinascita è venuta quando già quei dittatori erano caduti.

Il giusnaturalismo non è il solo oppositore che il positivismo giuridico si trovi oggi a dover fronteggiare. Oppositore molto importante è il marxismo, che, concependo la storia come lotta delle classi e il diritto delle società in cui il positivismo giuridico si è formato e si mantiene quale espressione degli interessi della classe borghese, vede nel giurista giuspositivista un servitore degli interessi borghesi; tendendo, nella società nata dalla rivoluzione proletaria, a superare la distinzione giuspositivistica fra diritto e morale, fra giudizi di validità e giudizi di valore morali e politici, per un giurista ed un giudice immediatamente animati e guidati da uno spirito morale e politico rivoluzionario e socialista. Tale è, almeno, l'atteggiamento marxista verso il positivismo giuridico, conforme ai classici del marxismo e manifestato in vecchie, furiose polemiche contro il positivismo giuridico di filosofi del diritto sovietici; mentre nella fase post-staliniana di disorientamento e riorientamento del pensiero marxista, di revisione, ora paurosa e incerta, ora aperta e franca, delle strutture politiche derivate dalla rivoluzione bolscevica, si va riscoprendo il valore della legalità, sia pure qualificata come socialista, sembra delinearsi qualche moto di ritorno

verso lo stato di diritto, si profilano insomma indirizzi che possono riportare verso posizioni in qualche modo analoghe a quelle del positivismo giuridico.

Per la tendenza a superare la distinzione fra diritto e morale, fra giudizi di validità e giudizi di valore morali e politici, verso un giurista e un giudice immediatamente ispirati da un'ideologia, al totalitarismo marxista vanno accostate altre forme di totalitarismo: il fascismo ed ancor più il nazismo; che, se possono aver profittato della disposizione giuspositivistica dei giuristi del tempo a servire il diritto posto, quali che ne fossero i contenuti, andavano certamente nella loro direzione più profonda in senso contrario al positivismo giuridico, nel senso in effetti dell'ideologia tutto pervadente, oltre le distinzioni e articolazioni che il positivismo giuridico comporta. A liquidare il positivismo giuridico concorrevano in quel clima filosofie con forti venature irrazionalistiche: in Italia specialmente la filosofia del diritto idealistica, a lungo prevalente, che in molte sue espressioni, attraverso tesi quali l'irrealtà della legge e il carattere creativo dell'interpretazione giuridica, negando nell'applicazione del diritto una logica dai procedimenti ripetibili e controllabili, distruggeva le fondamenta stesse su cui il positivismo giuridico si regge.

Ed anche nel campo ove dovrebbe trovare i difensori migliori, nel campo del pensiero laico e liberale, il positivismo giuridico ha avversari. Più e più volte nella sua storia il pensiero laico e liberale s'è foggiato le sue utopie mitizzando aspetti del mondo inglese: ora per non pochi giuristi e filosofi del diritto l'utopia è costituita dalla trasfigurazione del diritto inglese di formazione giudiziaria, in cui si vede l'espressione viva e diretta dei valori della società, la felice realizzazione di un diritto storicamente naturale. Esperienza certo di estremo interesse, quella del diritto di formazione giudiziaria, degna d'attento studio per l'allargamento d'orizzonti che procura alla teoria del diritto, non priva d'aspetti positivi e d'insegnamenti fecondi; ma conduce a trasfigurarla il guardarla da lontano e il considerarla in funzione polemica contro il positivismo giuridico e i sistemi giuridici fondati sulla legge; bisognerebbe forse rimeditare le gravi e

penetranti critiche al diritto giudiziario dei Bentham e degli Austin, ripetute in modo ricorrente ed ancora oggi da parecchi teorici del diritto inglesi, bisognerebbe riconoscere peso ai molteplici segni di difficoltà e inadeguatezza del suo funzionamento; senza dire che gli aspetti positivi del diritto giudiziario inglese appariscono legati piuttosto a caratteristiche disposizioni della società in cui opera che alla struttura del sistema giuridico, il quale dà infatti altrove risultati assai meno buoni, e trapiantato (se mai fosse possibile) in paesi con un diverso spirito, nel nostro per esempio, darebbe probabilmente risultati pessimi. Questo prendere a modello il diritto giudiziario inglese costituisce in ogni maniera una manifestazione importante e significativa d'insoddisfazione del positivismo giuridico, e vi si accompagnano, sempre nella filosofia giuridica laica e liberale, altre manifestazioni nello stesso senso, una diffusa e viva simpatia per i movimenti filosofico-giuridici che nell'esperienza giuridica attribuiscono il primo posto alla figura del giudice, come il realismo giuridico.

Le critiche, gli attacchi espliciti contro il positivismo giuridico hanno radici molto profonde nella condizione culturale, politica e sociale del mondo di oggi. L'idea, centrale e vitale per il positivismo giuridico, di una regolazione, di una ricostruzione dei rapporti sociali attraverso norme generali ed astratte, fino a quelle grandi leggi organiche e coerenti che sono i codici, e poi di un esatto (o quasi esatto) funzionamento del meccanismo, svolgimento dei rapporti sociali secondo gli schemi così determinati, grazie ad una fedele applicazione, spontanea o in giudizio, delle norme generali ed astratte, esprime un atteggiamento razionalistico, manifesta una fiducia illuministica nella capacità della ragione di stabilire e attuare e mantenere un ordine per l'uomo e la società. Non deve ingannare, riguardo al positivismo giuridico, l'accento che nel caratterizzarlo e contrapporlo agli altri orientamenti della cultura giuridica si mette sulla volontà, la volontà quale fonte di diritto: la volontà è al servizio della ragione, gli atti di volontà pongono e fanno entrare nei sistemi di diritto positivo norme che con le loro strutture e relazioni sono prodotti di ragione, una ragione che non

scopre, bensì crea il suo ordine, associandosi pertanto con la volontà. C'è infatti nel mutamento, nel passaggio da una razionalità data a una razionalità creata, con la connessione storica una sicura continuità ideale fra il positivismo giuridico e il razionalismo e l'illuminismo dell'età della ragione: la razionalità del diritto, la scienza e la pratica del diritto volte ad attuare e mantenere l'ordine razionale imposto con il diritto alla società costituiscono una parte primaria del loro retaggio. Ma nella cultura contemporanea la ragione è in crisi, una strana e difficile crisi. Mentre da un lato sono emerse e si sono imposte esigenze sempre più vaste e gravi di disciplinare razionalmente il mondo dell'uomo, ed hanno investito campi nuovi (ecco per esempio l'esigenza forte e largamente sentita di un controllo razionale dell'economia, e l'altra parimenti urgente di razionalizzare le trasformazioni dell'ambiente fisico) sono frequenti e penetranti e determinanti atteggiamenti di fuga dalla ragione, di sfiducia nella forza dell'uomo di darsi un ordine razionale. La volontà e l'ordine divini continuano ad offrire una grande via per sottrarsi al peso della ragione responsabile di sé. Lo storicismo, carattere dominante di molta della filosofia laica di oggi, non viene inteso soltanto come un canone metodologico, nel senso che per comprendere i modi d'essere degli uomini e delle istituzioni sia necessario ripercorrerne la storia, ma come una regola d'azione, nel senso che l'azione debba seguire il corso della storia: andare nel fiume della storia con la corrente, nuotare, ma sotto la spinta e nella direzione della corrente. Nella stessa sinistra intellettuale e politica, di cui sarebbe proprio ruolo levare contro le concrezioni storiche dei pregiudizi e degli interessi la voce della ragione, e che di fatto rispetto a tanti problemi fa spesso suonare tale voce, prevale con il marxismo una filosofia della storia che crede nelle correnti irresistibili ed è quindi, rispetto all'idea della ragione ordinatrice, sostanzialmente irrazionalistica. In questa situazione culturale non giungono al razionalistico positivismo giuridico il nutrimento, i succhi vitali di cui ha bisogno, ed il lavoro del giurista giuspositivista manca dello sfondo sul quale meglio ne risalterebbe la funzione civile.

Il positivismo giuridico è connesso all'organizzazione po-

litica dello stato moderno, e lo stato moderno è in profonda crisi, crisi di valori e crisi di strutture. Crisi, per così dire, esterna: la scena politica mondiale è dominata ormai da grandi blocchi di stati, con una comune etichetta ideologica, ed anche gli stati più forti di ciascun blocco tendono a interpretare e presentare la propria azione in funzione non già di fini dello stato, ma della comune ideologia; mentre sotto la minaccia orrenda delle armi atomiche sempre più urgente preme l'esigenza di superare lo stato sovrano e la politica dei blocchi nell'organizzazione internazionale e al limite nello stato mondiale. Crisi interna: nuove forze ideologiche e politiche ed antiche forze nuovamente invigorite rompono dall'interno lo stato, lo riducono a teatro delle loro lotte, lo soffocano con un pesante spirito di chiesa. Cercando di adattarsi e di far fronte a condizioni politiche e sociali grandemente trasformate e di rispondere alle richieste nuove che il tempo gli pone, lo stato si carica di nuovi compiti, rispetto ai quali le vecchie strutture saltano o si rivelano inadeguate. L'assunzione, in particolare, di iniziative ognora più ampie in materia economica comporta per i pubblici poteri ampie sfere di discrezionalità, richiede una quantità di decisioni caso per caso importanti e di gravi conseguenze, che le norme generali ed astratte male riescono a circoscrivere e indirizzare. Nell'affannarsi a disciplinare le moltiplicate attività dello stato ed i nuovi rapporti che le trasformazioni sociali creano la legislazione si frammenta in infinite leggi e leggine, disordinate, confuse, cambiate e ricambiate, una giungla di norme ove nemmeno lo specialista entra sicuro: se nei codici la ragione celebra i suoi fasti, la legislazione speciale di uno stato contemporaneo sembra talora il delirio di una mente impazzita. Come evitare il dubbio che quel diritto costituito ai livelli più alti di belle e razionali norme generali ed astratte, che la scienza e la pratica del diritto giuspositivistiche diligentemente studiano e fedelmente applicano, sia un ideale appropriato ad una società e ad uno stato ormai negati dalla storia, una scelta assurda di fronte a questo stato che così paradossalmente s'accresce e si gonfia mentre già se ne annuncia la morte?

Le critiche e gli attacchi contro il positivismo giuridico

possono essere ridotti a due tipi principali. Primo: il positivismo giuridico, una scienza ed una pratica del diritto conformi ai suoi canoni sono impossibili, e chi vi crede è prigioniero di un'illusione. Per l'idealista la legge, la norma non esistono se non nel vivo d'ogni coscienza, che le crea e ricrea a suo modo, l'esperienza giuridica è un gioco pirandelliano, il diritto s'inventa ogni volta nell'interpretazione; per il realista gli enunciati giuridici generali non sono che un tentativo di prevedere il comportamento dei giudici, al centro del diritto non è la norma ma il giudice, il giudice-uomo con i suoi condizionamenti sociali, con i suoi complessi, ubbìe e malumori. Secondo: il positivismo giuridico, una scienza ed una pratica del diritto conformi ai suoi canoni sono cosa cattiva, perché soffocano il giudizio della coscienza sul diritto e possono portare, o portano necessariamente, a servire il tiranno, gli interessi della classe dominante, chi tiene un potere anche ingiusto. Ebbene, di fronte alle critiche, agli attacchi, alle accuse dell'uno e dell'altro tipo a me sembra che l'interpretazione scientifica del positivismo giuridico, considerata in questo libro e rifiutata, sia una forma di difesa, un modo di mettersi al sicuro: se qualcosa è certo e fuori discussione per l'uomo contemporaneo è la possibilità, è il valore della scienza. La ragione è in crisi nella cultura contemporanea, ma vi ha pure un suo regno, ove domina incontrastata: il regno della scienza. Dimostriamo che il positivismo giuridico ha cittadinanza in quel regno, che sta dentro i suoi ben muniti confini, e nessuno, anche se venga nel nome di Dio o della storia, potrà nulla contro di esso. Io credo che al fondo dell'interpretazione scientifica del positivismo giuridico ci sia appunto la preoccupazione di sottrarlo ai gravi pericoli che corre nel mondo di oggi, il sentimento che nel campo della scienza trovi la salvezza. Si paga però un prezzo per l'evasione dai pericoli, che sono la faccia negativa dell'impegno: il positivismo giuridico con l'interpretazione scientifica è messo al sicuro, senonché perde il suo significato e la sua carica morali e politici, non costituisce più una scelta politica in alternativa ad altre scelte politiche, e se non è più esposto agli assalti del giusnaturalismo e del marxismo e del fascismo e degli altri suoi nemici, nemmeno ha la volontà e la forza

di attaccare e contrattaccare a sua volta. Ridotto al ruolo di scienziato, il giuspositivista se ne dovrà stare tranquillo nella sua specola ad osservare le lotte intorno al diritto dei movimenti che portano rispetto al diritto un impegno morale e politico, a constatare i risultati della prevalenza dell'uno o dell'altro movimento o dei loro compromessi; e non avrà motivo d'intervenire e prendere partito neanche se le trasformazioni del diritto minaccino le strutture stesse che le teorie giuspositivistiche rispecchiano ed in cui la pratica giuspositivistica si svolge. In contrapposto all'interpretazione scientifica l'interpretazione politica del positivismo giuridico ha secondo me il merito, mettendone a fuoco la scelta politica, di ributtarlo nel mezzo della battaglia: dove potrà prendere duri colpi, ma ne potrà anche dare: dove rappresenterà una delle possibilità fondamentali per gli orientamenti e gli sviluppi del diritto e delle tecniche giuridiche. Dicemmo in principio che la definizione esplicativa del concetto di positivismo giuridico doveva servire a procurare uno strumento semantico preciso ed efficiente ai fini di un attivo ripensamento di problemi centrali e gravi che la cultura giuridica ci pone con urgenza: la definizione esplicativa cui siamo pervenuti ci consente di affrontare in chiari termini il problema centralissimo e gravissimo di una scelta politica da fare, da mantenere o da cambiare innanzi alle strutture del diritto e al modo in cui i giuristi teorici e pratici collaborano all'attuazione del diritto. L'osservazione neutrale e spassionata delle lotte intorno al diritto compete ad una scienza nel senso di scienza empirica, la sociologia del diritto: il positivismo giuridico è un protagonista della lotta e ci propone riguardo alle strutture del diritto ed alle tecniche del giurista la sua scelta: dobbiamo tener ferma tale scelta?

Fin dalle parole di premessa anteposte a questo libro ho avvertito che sua aspirazione era inserirsi nei dibattiti e nelle polemiche della cultura giuridica di oggi portandovi un chiarimento concettuale. Il positivismo giuridico, mi chiedevo, cos'è? sappiamo che cosa combattiamo in esso, o che vogliamo conservare, che perderemo se lo rifiuteremo? Lo scopo del libro mi sembra che sia stato raggiunto: resistendo alla tentazione di una soluzione evasiva, attraverso l'analisi con-

cettuale abbiamo messo in luce la natura politica del positivismo giuridico, la scelta politica che vi inerisce, il carattere politico dell'alternativa fra il positivismo giuridico e i diversi movimenti della cultura giuridica. Chi combatte o difende il positivismo giuridico combatte o difende la scelta politica di una figura di giurista, di tecniche giuridiche, di una scienza (dal punto di vista interno) e di una pratica del diritto, di strutture del diritto, che sono essenziali all'organizzazione politica dello stato moderno o ad un'organizzazione politica che dello stato moderno ripeta i caratteri fondamentali, combatte dunque o difende una tale specie di organizzazione politica. Abbiamo assolto in questo modo un compito filosofico, intendendo per filosofia, come si è accennato nel primo capitolo, l'esplicazione dei concetti che stanno nei punti nodali di una cultura, per enunciare chiaramente ed affrontare consapevolmente i problemi e le scelte che quella cultura ci pone e ci chiede.

Il discorso sul positivismo giuridico, però, è ben lungi dal concludersi nell'esplicazione del concetto di positivismo giuridico: bisogna darsi carico delle critiche e degli attacchi dei due tipi, il positivismo giuridico è impossibile, il positivismo giuridico è cattivo, e valutarne la consistenza. L'analisi del concetto di positivismo giuridico ha soltanto aperto e segnato la strada per arrivare a tali critiche, a tali attacchi dalla parte giusta, nel modo giusto. Ma per dare un esauriente svolgimento a quest'ulteriore discorso occorrerebbe un altro libro: nel presente libro era già compito sufficientemente gravoso il compito filosofico dell'analisi del concetto di positivismo giuridico, passo essenziale verso un'impostazione corretta dei problemi del positivismo giuridico. Poiché peraltro ho avuto in precedenza a dichiarare la mia convinzione, che proprio in favore del positivismo giuridico interpretato politicamente si possano portare degli ottimi argomenti, gli argomenti migliori, sento l'obbligo di dedicare le ultime pagine del libro a indicare almeno, benché sommariamente e rapidamente, l'essenziale di quegli argomenti.

Il positivismo giuridico è impossibile? Osservo qui come gli studi, volti a dimostrare l'impossibilità di un trattamento del diritto secondo i canoni del positivismo giuridico, siano

viziati di consueto da due grossi vizi. Il primo vizio sta in ciò, che non ci si preoccupa abbastanza di esaminare gli effettivi procedimenti della scienza e della pratica del diritto giuspositivistiche, di andar a vedere da vicino che cosa i teorici e i pratici giuspositivisti riescono a fare: le tesi negatrici del positivismo giuridico e dei suoi metodi assumono pertanto un carattere aprioristico, sembrano appartenere ad una metodologia prescrittiva piuttosto che ad una metodologia descrittiva, rivelano al fondo una scelta diversa dalla scelta del positivismo giuridico camuffata come oggettiva constatazione dell'impossibilità di questo. Nei limiti poi in cui si guarda alla realtà dell'esperienza giuridica si bada soprattutto, se non esclusivamente, a quanto succede nei tribunali, dalle difficoltà, incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza risalendo con troppa rapidità e facilità ad asserzioni generali sul diritto e la sua interpretazione ed applicazione: e questo è l'altro vizio. Si dimentica infatti che nei tribunali si osserva la patologia del diritto: come chi volesse accertare lo stato di salute di un paese in base alle condizioni degli infermi ricoverati negli ospedali. L'amministrazione della giustizia nei tribunali dev'essere considerata per quel che è, con tutti i suoi aspetti patologici, ma anche per quel che concorre a mantenere, per il suo contributo alla fisiologia giuridica: benché non manchino pur fuori dei tribunali zone e magari larghe zone di malattia, le norme generali ed astratte del diritto positivo regolano in maniera precisa e sicura una grandissima quantità di rapporti, rispetto ai quali il potenziale intervento del giudice darebbe un sicuro risultato, sì che un conflitto d'interessi nemmeno si apre e dell'intervento del giudice non c'è bisogno. L'opinione circa la possibilità del positivismo giuridico e dei suoi metodi dipende dal modello più o meno rigido che si assume: se ad un sistema di diritto positivo e all'attività della scienza e della pratica del diritto entro di esso si vuole attribuire la perfezione di una macchina, l'esperienza verrà sempre a smentirci; se vi si pensa invece come ad una istituzione umana, funzionante per mezzo degli uomini e del linguaggio umano, ammettendo serenamente le inevitabili slabbrature e sfasature, destinate a rivelarsi soprattutto nel momento dell'amministrazione della giustizia,

e se si pone mente oltre le vicende del diritto nei tribunali alla sua vita nella società intera, potrà apparire che un sistema di diritto positivo ed una scienza ed una pratica del diritto conformi ai suoi canoni sono possibili e sono capaci di assicurare ad una società ordine e sicurezza nei rapporti giuridici in grado elevato. Tale loro possibilità, tale loro capacità richiedono però la presenza di varie condizioni e l'operare di vari fattori, richiedono una forte e diffusa coscienza del valore della certezza giuridica, richiedono l'impiego nella produzione delle norme giuridiche di una buona tecnica che vi immetta significati abbastanza precisi e costanti e faccia così delle norme un adeguato punto di partenza per un trattamento giuspositivistico scientifico e pratico. La più urgente azione di difesa del positivismo giuridico, se il positivismo giuridico merita d'esser difeso, andrebbe condotta, in relazione alla situazione della legislazione speciale cui abbiamo sopra fatto cenno, sul terreno della tecnica nella produzione delle norme giuridiche.

Il positivismo giuridico è cattivo? Riconosciamo prima di tutto e concediamo agli avversari quel che va riconosciuto e concesso: in quanto con il principio di effettività, o in altro modo, il positivismo giuridico nasconda la scelta politica che gli è inerente, esso è effettivamente cattivo: sbagliato teoricamente e moralmente, politicamente cattivo. Chiunque abbia penetrato e assorbito lo spirito della cultura moderna condividerà la scelta e il giudizio secondo cui prima ed essenziale condizione del valore morale e politico di una scelta, quale che ne sia la direzione, è la consapevolezza, la consapevolezza delle alternative: mentre è cattiva ogni posizione che comporti il mascheramento e lo snaturamento di una scelta. E il mascheramento e lo snaturamento della scelta inerente al positivismo giuridico rischia di trarre a conseguenze moralmente e politicamente gravi: a quelli che s'impegnano non sapendo di scegliere può accadere d'impegnarsi anche quando, essendo consapevoli dell'alternativa, non s'impegnerebbero, o di mantenere l'impegno anche quando, essendo consapevoli dell'alternativa, non lo manterrebbero. Possono dunque trovarsi i giuristi giuspositivisti, che non siano arrivati alla chiarezza intorno al carattere politico del

positivismo giuridico, a servire dal punto di vista interno un diritto positivo che altrimenti non servirebbero per esserne certi contenuti ripugnanti alla loro coscienza; e magari, così condizionati all'ossequio verso la volontà che si è espressa nel diritto, perseverare nell'ossequio e nel servizio fedele pur se il diritto e lo stato in cui operano vadano perdendo o abbiano perduto le caratteristiche dello stato moderno e del suo diritto, alle quali il positivismo giuridico sappiamo che è strettamente legato. In questo senso, rispetto al positivismo giuridico che nasconde la sua scelta politica, si può ammettere che il positivismo giuridico abbia contribuito a preparare i giuristi che si sono piegati al diritto del fascismo e del nazismo continuando a lavorarci dal punto di vista interno, a studiarlo ed applicarlo, anche quando vi sono entrati contenuti nefandi, come, per ricordare un solo caso, le leggi della persecuzione razziale; in questo senso il positivismo giuridico, se non ne venga illuminata la scelta politica, potrebbe ancora contribuire alla formazione di giuristi disposti a farsi strumento di qualsiasi contenuto del diritto. La coscienza deve al contrario giudicare il diritto: la scienza e la pratica del diritto giuspositivistiche nel loro approccio a un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno suppongono l'accettazione del principio fondamentale del sistema e l'accettazione del principio fondamentale del sistema dipende da una scelta politica che mette in gioco la coscienza di ciascuno ed i suoi valori morali e politici. Una simile tesi, la tesi che prima d'impegnarsi a servirlo si debba giudicare in coscienza il diritto positivo, è stata spesso qualificata come giusnaturalistica, tipicamente giusnaturalistica, l'essenza stessa del giusnaturalismo. Ebbene, se questo fosse il giusnaturalismo, se con il concetto di giusnaturalismo si dovesse intendere questo, io mi dichiarerei altamente e convintamente giusnaturalista e il presente libro dovrebbe andare nel mondo sotto l'etichetta del giusnaturalismo. Il mio giusnaturalismo, in tale significato, è anzi più radicale di quel che sia solito, investendo oltre alla pratica la scienza del diritto, la scienza dal punto di vista interno preparatrice della pratica, ed il giurista che la coltiva: non è meno compromessa della coscienza del giudice che applica una norma

di diritto la coscienza di chi gli propone quella norma come la norma di diritto da applicare.

Se nella storia del giusnaturalismo ha in effetti una parte importante, centrale, l'idea che la coscienza deve giudicare il diritto posto dagli uomini e la legittimazione del diritto posto dagli uomini avviene attraverso l'adesione delle coscienze, il comune consenso, resta però che la coscienza per il giusnaturalista non è arbitra di se medesima, il suo giudizio deve ispirarsi ai princìpi, ai valori, alle norme oggettivi e universali del diritto naturale. A me sembra che esplicando i concetti di diritto naturale e di giusnaturalismo, nella direzione che ho già avuto a segnare, non si possano lasciar fuori tali caratteri di oggettività e universalità del diritto naturale alla cui luce si giudica il diritto positivo. Questo intendendo con il concetto di giusnaturalismo, oggi non è più possibile essere giusnaturalisti. Ce ne dissuadono l'antropologia e la sociologia, mostrandoci all'evidenza la relatività e variabilità dei princìpi, dei valori, delle norme degli uomini e delle società umane. Ce lo vieta la logica, con la legge di Hume ricordata e applicata in precedenza. Una qualsiasi determinazione della natura o della ragione o di qualsiasi aspetto o guisa dell'uomo o della società o di qualsiasi ente, da cui il giusnaturalista voglia prendere le mosse per fondare i suoi princìpi, norme e valori, o è puramente descrittiva, ed allora dalle sue proposizioni descrittive alle proposizioni prescrittive del diritto naturale c'è un salto logico, che solo una libera scelta di una coscienza arbitra di sé può superare; o contiene elementi prescrittivi, ed allora può servire a fondare logicamente le proposizioni prescrittive del diritto naturale, ma nella posizione di quegli elementi prescrittivi è stata prima effettuata, e vi è rimasta nascosta dentro, la scelta della coscienza arbitra di sé. La filosofia morale del nostro secolo, con approcci diversi e con diversi procedimenti, ha intensamente illuminato, ora con orgoglio, ora con disperazione, ora con freddo e composto coraggio, la radicale libertà della coscienza: non ci sono norme e valori, non ci sono sistemi di norme e valori che non si basino in ultima analisi su una scelta non vincolata a norme e valori preesistenti. Può sembrare questo, ed è stato davvero in molti casi, da

certo idealismo all'esistenzialismo alla filosofia analitica nelle sue prime prove in filosofia morale, un grosso contributo all'irrazionalismo; poi s'è avuto, con particolare evidenza nella filosofia analitica, un largo movimento di ritorno alla ragione. Il ritorno alla ragione non comporta peraltro una rinuncia alla libertà: suo motto potrebbe essere il titolo dell'ultimo libro di Hare, *Libertà e ragione* [2]. Come la ragione teoretica consiste nel pensare il mondo e nell'operare sul mondo attraverso una struttura di proposizioni generali relative a classi di fenomeni, così la ragione pratica consiste nell'impegnarsi rispetto al mondo conosciuto, quanto meglio è possibile, in maniera teoricamente razionale, per una struttura di norme e valori generali, relativi a classi di uomini e classi di situazioni ed eventi, fino alle norme ed ai valori relativi alla classe degli uomini come tali. Per questa via l'uomo può adoperarsi per dare al suo mondo un ordine di ragione; ma la base di ogni struttura etica razionale rimane sempre in una scelta totalmente libera; onde il corollario importantissimo che ogni struttura può essere modificata e riformata e anche rovesciata in condizioni nuove. Libertà e ragione: tale soltanto può essere oggi il razionalismo, il razionalismo cui ancora una filosofia può restar fedele nella crisi della ragione di cui più in alto si è detto. Tra una simile filosofia e il giusnaturalismo non c'è modo d'intesa, per l'alienazione che il giusnaturalismo comporta, per il sacrificio che ci chiede, di fronte ad una sua struttura di norme e valori, della libertà. Un felice incontro è invece possibile tra la filosofia della ragione e della libertà e il positivismo giuridico, quando nel positivismo giuridico sia messa in chiaro la scelta che vi inerisce; se nel positivismo giuridico si può allora vedere, come io vi ho visto ed ho cercato di farvi vedere, un libero impegno per un ordine di ragione.

La scelta del positivismo giuridico, una volta consapevoli che si tratta di una scelta, è scelta da condividere e mantenere? Una scelta può essere nostra a certe condizioni, mentre la rifiuteremmo in condizioni diverse. Indicherò ora, con estrema concisione, due condizioni che mi sembrano molto

[2] R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford 1964.

importanti perché la scelta del positivismo giuridico possa essere accettata e tenuta ferma. Sono due configurazioni della struttura del diritto positivo, a soddisfazione di esigenze politiche fondamentali dell'uomo moderno, nelle quali si trova la risposta in prospettive giuspositivistiche a due grossi argomenti che contro il positivismo giuridico vengono frequentemente addotti per mostrare come sia politicamente cattivo. Il positivismo giuridico, si dice, sottomette il diritto, la pratica e la scienza del diritto, la società intera alla volontà di chi governa e fa le leggi: onde la società può subir la violenza di valori ad essa estranei. Questo argomento viene portato di solito da quanti contrappongono al positivismo giuridico una sorta o l'altra di diritto libero, di diritto spontaneo, che si esprime nelle sentenze dei giudici, aderente ai valori della società, manifestazione diretta di tali valori. La risposta sta nell'integrazione democratica del positivismo giuridico, nei procedimenti democratici di formazione delle leggi o di formazione degli organi legislativi: la soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori. Una frase simile, lo so, rischia d'apparire grossolanamente ingenua: la democrazia, gli uomini del nostro tempo l'hanno capito e imparato bene, paragonata al suo modello ideale è un fallimento continuo, un'amara delusione. Ma questo fallimento, questa delusione assicurano un grado di autogoverno e di rispondenza del diritto positivo ai valori della società assai più alto che in qualsiasi altro sistema politico-giuridico, ivi compresa l'interpretazione di quei valori da parte di una casta di giudici; ed insieme il trasferimento dei valori della società nelle norme generali ed astratte delle leggi ne rende possibile la razionalizzazione. Il positivismo giuridico, si dice ancora, sottomettendo il diritto, la pratica e la scienza del diritto, la società intera alla volontà di chi governa e fa le leggi, toglie ogni barriera contro il traviamento dei princìpi di un sistema di diritto positivo, contro il rovesciamento delle strutture costituzionali fondamentali, contro la soppressione dei diritti soggettivi attribuiti dal diritto positivo ai cittadini, contro l'annullamento dei caratteri stessi dello stato moderno e del suo diritto, che una pervertita

volontà dei governanti si volga a perpetrare. Questo argomento viene portato di solito da quanti contrappongono al positivismo giuridico una sorta o l'altra di diritto naturale, che segnerebbe al malvolere dei governanti un limite invalicabile. La risposta sta nell'integrazione costituzionalistica del positivismo giuridico, nella distinzione, entro i sistemi di diritto positivo, fra il livello delle norme costituzionali, ove si fissano i princìpi del diritto, le strutture costituzionali, i diritti soggettivi principali, ed il livello delle norme di legislazione ordinaria, con la previsione di speciali cautele per la modificazione delle norme costituzionali e di speciali garanzie per assicurare il rispetto delle norme costituzionali nella legislazione ordinaria. Nessuna cautela, certo, nessuna garanzia, nessun accorgimento interno ad un sistema di diritto positivo lo ripareranno dalla sovversione, se non lo sostenga l'impegno di un popolo o di una sua parte abbastanza larga e forte: ma il livello superiore delle norme costituzionali e le relative cautele e garanzie esprimono quell'impegno solennemente e con il dargli forma lo rafforzano ed hanno pure una loro efficacia per evitare nel sistema trasformazioni subdole e improvvisi colpi di mano dell'organo legislativo. E quando una costituzione è così consacrata al sommo di un sistema di diritto positivo la soggezione al diritto positivo può essere intesa prima di tutto come fedeltà alla costituzione: dove una società scrive i suoi valori più alti, foggia il modello più alto di sé.

Per il giusnaturalista la storia è uno spettacolo di follia morale e politica, un'offesa sempre rinnovata all'immutabile diritto naturale; il compito, insegnare agli uomini il diritto naturale e riportarli ad osservarlo. Va ben facilmente congiunta quest'idea del diritto naturale immutabile, e la vediamo di fatto congiunta, all'idea di un'istituzione, una chiesa, che possieda e dispensi la verità e la giustizia e che domandi per la sua verità e la sua giustizia gli strumenti dell'educazione, della persuasione ed eventualmente della coercizione. Per lo storicismo di cui abbiamo avanti parlato la storia è la progressiva attuazione delle direzioni e dei valori che ne son propri; il compito, intendere e seguire e servire quelle direzioni e quei valori. Va ben facilmente congiunta una si-

mile idea della storia, e la vediamo di fatto congiunta, all'idea di un'istituzione, una chiesa o un partito con i caratteri d'una chiesa, che possieda e dispensi il significato della storia e sia pronta ad imporre la sua interpretazione della storia con ogni mezzo. Chiunque creda in un assoluto e lo accetti come fonte di valori concepirà e giudicherà le vicende degli uomini in funzione dell'assoluto, attuazione o violazione dei valori che ne derivano, e tenderà ad attribuire a coloro, che stanno con l'assoluto in contatto più stretto, una missione sacerdotale, a incorporarlo in un'istituzione guida e maestra della società. Chi invece si trova nelle posizioni relativistiche della filosofia contemporanea, cui s'è più in alto fatto riferimento, riconosce nella storia una ricchezza di scelte umane diverse, attraverso le quali gli uomini, con esperienze felici e infelici, successi e fallimenti, vanno creando e adattando i loro valori per condizioni via via nuove, per le condizioni nuove che essi costituiscono a se stessi; mentre gli appelli all'assoluto appariscono essere mistificazioni di scelte. Dal relativismo etico nasce il problema morale e politico che (rifiutando le concrezioni di pregiudizi e di interessi gravanti sulla parola) possiamo appropriatamente chiamare liberale: in qual maniera difendere e garantire dalla sopraffazione ed oppressione di una scelta mistificata e dell'istituzione che ne è portatrice la ricchezza delle scelte diverse e la loro possibilità di cambiamento e adattamento, e realizzare insieme la loro convivenza in uno stesso contesto sociale. Anche qui, s'intende, nel problema e nei tentativi di risolverlo, c'è una scelta: ma è la scelta liberale della maggiore libertà possibile di scelta contro la scelta che esclude ogni altra scelta. Il problema liberale, peraltro, non è soltanto dell'uomo, in virtù d'una filosofia relativistica, radicalmente liberale; è anche il problema di chi si affida a un assoluto, quando resista all'inclinazione ad imporre la conformità ai suoi valori con un ottuso condizionamento e l'impiego della forza e cerchi attraverso il confronto delle credenze e degli ideali una libera persuasione; o quando almeno stimi troppo alti i prezzi ed i sacrifici che il conflitto delle scelte volte reciprocamente a sopraffarsi comporterebbe. Questo sia pure incompleto liberalismo ha avuto dopo tanti anni oscuri e fra

tante remore e difficoltà una ripresa in anni recenti, nei quali alcune grandi personalità ed alcune trasformazioni ideologiche hanno, ciascuna a suo modo e nei suoi limiti, interpretato e manifestato l'ansia di pace e di tolleranza diffusa nel mondo, mista di buona volontà e rispetto per l'uomo e di orrore dei sacrifici estremi di una guerra atomica. Il problema liberale ha trovato nei tempi moderni una soluzione nello stato moderno, con i suoi sviluppi liberali e democratici. Stato di diritto, in cui è sovrana la legge; stato liberale e costituzionale, che ammette ed anzi eleva a suo principio e garantisce nella suprema legge costituzionale la libertà e il confronto delle scelte; stato democratico, che attraverso i procedimenti democratici dà via via prevalenza, facendone contenuto di legge, alle scelte più largamente accettate nella società. Questo stato è laico, ossia non è definitivamente vincolato alle scelte di una chiesa o di un partito con i caratteri di una chiesa, ma con la sua struttura di garanzie liberali e procedimenti democratici custodisce una ricchezza di scelte diverse, ne rende possibile insieme la varietà e la convivenza nelle forme di una lotta per la persuasione, è aperto al cambiamento delle scelte. Abbiamo delineato, ancora una volta, un modello ideale: le condizioni materiali e sociali in cui la struttura dello stato moderno opera possono ridurre a poco o nulla la libertà di scelta e rendere vani i procedimenti democratici; e bisogna riconoscere che i contenuti immessi nelle leggi dello stato moderno sono stati e sono molto spesso legati a interessi assai particolari, agli interessi di chi ha contro gli interessi di chi non ha. Il valore del modello trascende però l'incompiutezza delle sue attuazioni: la struttura dello stato moderno liberale e democratico consente le correzioni dall'interno e costituisce l'unica alternativa seriamente immaginabile al congelamento della società in una scelta assolutizzata. Lo stato moderno, abbiamo visto, è in crisi, crisi interna e crisi esterna: il mondo di domani, o di domani l'altro, non sarà più il mondo degli stati. Ma se al mondo di domani o di domani l'altro gli uomini volessero davvero cercare la via con spirito liberale, nella pace e nella tolleranza, l'idea fondamentale dello stato moderno liberale e democratico non andrebbe persa, bisognerebbe affrontare

la crisi interna ed esterna dello stato salvando quell'idea della varietà e della convivenza delle scelte rese possibili dalla sovranità della legge. Si pone ormai con urgenza, in ordine all'organizzazione politica in cui il mondo troverà la sua unità, la classica alternativa dello stato: o una soluzione assolutistica (abbiamo sentito con animo turbato il maggior filosofo liberale vivente dichiararsi hobbesianamente disposto ad una soluzione assolutistica quando non si potesse altrimenti preservare l'umanità dalla distruzione di se stessa) o una soluzione liberale, attraverso intese e compromessi sempre più vasti creatori di regole di convivenza sempre più efficaci, verso l'ideale punto di arrivo dell'unità degli uomini sotto una legge comune che assicuri la varietà e la convivenza delle scelte. Il positivismo giuridico, con l'integrazione democratica e l'integrazione costituzionalistica, rappresenta nella cultura giuridica il corrispondente di questa soluzione liberale: il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili. La scelta del positivismo giuridico può essere la nostra scelta come scelta della soluzione liberale, oggi per lo stato, domani o domani l'altro per la società politica di tutti gli uomini [3].

[3] Riconsiderando la questione, a suo tempo accantonata, se il positivismo giuridico sia necessariamente legato ad una filosofia morale relativistica, se abbia nel relativismo morale un suo momento o aspetto essenziale, possiamo infine concludere che la scelta e le tecniche del positivismo giuridico trovano la loro fondazione più profonda e più salda in una filosofia morale relativistica, ma anche chi possieda una morale assoluta potrà condividere quella scelta e quelle tecniche purché, davanti al fatto della diversità delle morali, si ponga per rispetto degli altri o per timore il problema liberale e riconosca nel positivismo giuridico la scelta della libertà.

Indice dei nomi

Agnelli A., 7, 39, 40.
Ago R., 73, 100, 105.
Aubert V., 66.
Austin J., 20, 23, 26, 39, 40, 100, 102, 113, 138.

Barry B. M., 7.
Bentham J., 23, 26, 102, 138.
Blackstone W., 113.
Bobbio N., 7, 16, 19, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 35, 40, 41, 49, 71, 77, 95, 102, 103, 105, 108, 119, 123, 128, 131, 132.
Bognetti G., 7.

Cammarata A. E., 57, 89.
Carnelutti F., 20.
Cattaneo M. A., 7, 13, 21, 22, 23, 26, 27, 29, 35, 84, 103, 128, 131, 132.
Conso G., 60.
Conte A. G., 63, 121, 122.
Cotta S., 64.
Cross R., 116.

Del Vecchio G., 105.
Donati D., 122.

Eisenmann Ch., 22.

Falchi A., 77.
Falk R. A., 7.
Fassò G., 43, 118.
Friedmann W., 103.
Frosini V., 22.

Gavazzi G., 7, 19, 20, 66, 106, 119.
Giuliano M., 100.
Golding M. P., 7.

Hare R. M., 82, 148.
Hart H. L. A., 7, 21, 22, 23, 26, 27, 29, 35, 53, 57, 65, 66, 71, 75, 83, 84, 85, 86, 87, 102, 107, 128, 131, 132.
Hempel C. G., 15.
Hitler A., 136.
Hobbes T., 23, 26.
Hughes G., 13.
Hume D., 82, 84, 147.

Jhering (von) R., 20.
Kelsen H., 20, 57, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 78, 97, 98, 99, 100, 102, 107, 110.

Leoni B., 64.

Matteucci N., 16, 17, 18, 19, 50, 51, 95.
McWhinney E., 7.
Meneghelli R., 65.
Miedzianagora J., 66.
Morra N., 26.
Mussolini B., 136.

Negri A., 7.

Occam (di) G., 118.

Pasquinelli A., 15, 41.
Passerin d'Entrèves A., 7, 77.
Perassi T., 73, 100, 105.
Perelman Ch., 15.
Pio XII, 136, 137.
Piovani P., 78.
Piovesan R., 7.

Ribet L., 15.
Robilant (di) E., 7.
Romano S., 62.
Ross A., 7, 66, 67, 68, 71.

Scarpelli U., 15, 70, 74, 82, 112, 122.
Shuman S. I., 7, 13.
Strawson P. F., 61.

Thévenaz H., 98.
Thibaut A. F., 20.
Treves G., 64.
Treves R., 7, 98, 103.

Vangerow K. A., 20.
Visalberghi A., 61.

Wollheim R., 65, 69.

Ziccardi P., 100.

Finito di stampare nel mese di novembre 1965
nella tipografia editoriale « *Aldo Manuzio* »
S. Martino B. A. (Verona)

Classici della Sociologia

MAX WEBER, *Economia e società*, 2 voll.

ÉMILE DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale.*

WILLIAM G. SUMNER, *Costumi di gruppo.*

CHARLES H. COOLEY, *L'organizzazione sociale.*

FERDINAND TÖNNIES, *Comunità e società.*

ÉMILE DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico - Sociologia e filosofia.*

ÉMILE DURKHEIM, *Le forme elementari della vita religiosa.*

VILFREDO PARETO, *Trattato di sociologia generale*, 2 voll.

PITIRIM A. SOROKIN, *La mobilità sociale.*

Studi e ricerche di Scienze sociali

1 KARL MANNHEIM, *Sociologia sistematica. Introduzione allo studio della società.*

2 WILLY HELLPACH, *L'uomo della metropoli.*

3 SABINO S. ACQUAVIVA, *L'eclissi del sacro nella civiltà industriale.*

4 F. J. ROETHLISBERGER, *La cooperazione nell'azienda.*

5 ELEANOR BERTINE, *Le relazioni tra le persone.*

6 EUGENIO PENNATI, *Elementi di sociologia politica.*

7 FRANCO FERRAROTTI, *Sindacati e potere negli Stati Uniti d'America.*

8 PIERRE GEORGE, *Manuale di geografia della popolazione.*

9 *Problemi e conflitti razziali*, a cura di PHILIP MASON.

10 MINO VIANELLO, *Thorstein Veblen.*

11 *Immigrazione e industria*, a cura del Centro di ricerche industriali e sociali di Torino.

12 *L'industria e i sociologi*, a cura di LUCIANO GALLINO.

13 *Magistrati o funzionari?*, a cura di GIUSEPPE MARANINI.

14 FABRIZIO ONOFRI, *Socialismo e potere.*

15 WERNER STARK, *Sociologia della conoscenza.*

16 LUCIANO GALLINO, *Indagini di sociologia economica.*

17 HOWARD BECKER, *Società e valori.*

18 MAURICE DUVERGER, *I metodi delle scienze sociali.*

19 G. FRIEDMANN - P. NAVILLE, *Trattato di sociologia del lavoro.*

20 GIUSEPPINO TREVES, *L'organizzazione amministrativa.*

21 MINO VIANELLO, *La controrivoluzione industriale. Saggio sui rapporti di lavoro in America.*

22 ANGELO PAGANI, *La formazione dell'imprenditorialità.*

23 PIERRE GEORGE, *Manuale di geografia rurale.*

24 *La regione e il governo locale*, a cura di GIUSEPPE MARANINI.

25 SABINO S. ACQUAVIVA, *La scelta illusoria.*

26 LUCIANO CAVALLI, *La democrazia manipolata.*